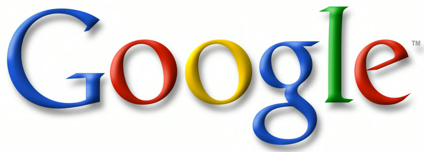


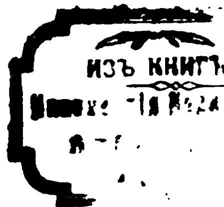
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

и

ОБЩЕСТВЕННАЯ ЭКОНОМІЯ.

Этюды ДАНКВАРТА.

Переводъ Цитовича.



САНКТПЕТЕРБУРГЪ.
Изданіе Заленскаго и Любарскаго.
1866.

С.-Петербургъ. Дозволено цензурою, Февраля 15 дня 1866

Типографія А. Головачова.
Вознесенскій проспектъ, д. № 23/81.

дня 1866 г.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

И

ОБЩЕСТВЕННАЯ ЭКОНОМІЯ.

Когда нибудь, хоть Богъ вѣсть, скоро ли, а исполнится давнее желаніе, — чтобъ вмѣсто безконечнаго разнообразія гражданскихъ законовъ были раскрыты ихъ принципы; вѣдь въ этомъ именно и заключается загадка, какъ упростить законодательство.

Кантъ.

СОДЕРЖАНІЕ.



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Подобно прежнимъ трудамъ, которыми даровитый авторъ пробилъ новый путь въ гористой области науки, настоящее сочиненіе тоже имѣетъ цѣлію установить связь между наукой народнаго хозяйства и юриспруденціей, связь одинаково благотворную для той и другой. Но составляя, по желанію автора и издателя, предисловіе къ этой книгѣ, я не хочу этимъ показать, что согласенъ со всѣми подробностями ея богатаго и разнообразнаго содержанія. Относительно многихъ чисто цивилистическихъ вопросовъ, я удерживаюсь отъ всякаго сужденія; что же касается до упрековъ, которыми авторъ клеймитъ всю прежнюю разработку исторіи права, то и самъ онъ, вѣроятно, согласится допустить здѣсь нѣкоторыя исключенія; я укажу хоть на превосходныя работы Арнольда,

не однимъ воззрѣніемъ напоминающія нашего автора.

Но за то въ этомъ предисловіи я попытаюсь представить нѣсколько незатѣйливыхъ соображеній о взаимномъ отношеніи общественной экономіи и правовѣдѣнія, а вмѣстѣ и о тѣхъ выгодахъ, какія могутъ отсюда выйти для той и другой науки. При этомъ я предполагаю извѣстнымъ, конечно, основное соображеніе, именно: что ни одна сторона народной жизни не можетъ быть понята безъ уразумѣнія цѣлаго, и цѣлое не можетъ быть понято безъ познанія всѣхъ отдѣльныхъ главныхъ сторонъ *).

Право и экономія—двѣ области жизни, равно первичныя, равно необходимыя, равно близкія сокровеннѣйшей сторонѣ человѣческой природы (особенно нравственности, совѣсти). Да и предметы, которыми занимается правовѣдѣніе и экономическая наука почти совершенно одни и тѣ же. Сочетаніе людскихъ отношеній, на которомъ экономическая наука строитъ удовлетвореніе людскихъ

*) Такъ съ чего же начинать? Начни съ отдѣльныхъ сторонъ,—куда вы, скажетъ Рошеръ, по части цѣлаго аза въ глаза не видали, а туда же за отдѣльныя стороны. Начни теперь съ цѣлаго, — опять бѣда, — отдѣльнаго не знаешь. Что же это такое? Я бы пожалуй сказалъ, въ чемъ тутъ штука; но благонравнымъ юношамъ прилично молчаніе.

(Переводч.)

потребностей,—это сочетаніе есть вмѣстѣ съ тѣмъ арена и поводъ безконечныхъ столкновеній, которыя право стремится или предупредить, или уладить. Подобно тому, какъ почти каждая глава общественной экономіи въ собственномъ смыслѣ имѣетъ свою параллель въ гражданскомъ правѣ; такъ почти каждое отдѣльное ученіе финансовой науки имѣетъ свою параллель въ государственномъ правѣ. Конечно, одинъ и тотъ же предметъ разсматривается съ различныхъ точекъ зрѣнія въ юриспруденціи и экономической наукѣ. Для экономическаго воззрѣнія главное дѣло—соображеніе потребностей оборота; для юридическаго же воззрѣнія —„устраненіе спора“ (Гербартъ). Этимъ объясняется кажущееся противорѣчіе, какое не разъ замѣтно въ опредѣленіи одного и того же понятія съ юридической и экономической точки зрѣнія, и вотъ на что въ преподаваніи нужно обращать серіозное вниманіе, во избѣжаніе путаницы въ головахъ слушателей.

Такъ извѣстно, что по ленному праву, ленный господинъ считается собственникомъ леннаго участка, на такой участокъ вассалъ имѣетъ только вещное право. Beneficium ita datur, ut proprietas quidem rei immobilis penes dantem remanent, ususum fructus vero illius rei ad accipientem transeat (II. Feud. 23, 2.). Но для экономиста,

вассалъ — лицо несравненно важнѣе собственника, по крайней мѣрѣ съ тѣхъ поръ, какъ лены стали наслѣдственны. Изъ леннаго участка вассалъ удовлетворяетъ гораздо больше потребностей, и потребностей важнѣйшихъ, чѣмъ ленный господинъ; слѣдовательно и вообще удовлетвореніе народныхъ потребностей зависитъ несравненно больше отъ того, какъ пользуется своимъ правомъ вассалъ, а не ленный господинъ. Но съ другой стороны и юридическая точка зрѣнія всегда имѣетъ свое практическое значеніе, — именно, когда представляются такіе спорные случаи, гдѣ все дѣло сводится къ тому, что одной сторонѣ, собственнику, принадлежатъ всѣ права на ленный участокъ, какія не предоставлены прямо другой сторонѣ. Весьма важенъ напр. тотъ случай, когда вымираетъ семья вассала. Что право собственности, основное право, принадлежитъ здѣсь ленному господину, это легко можетъ быть разъяснено исторически изъ начала ленныхъ отношеній, точно также какъ въ настоящее время легко можетъ быть разъяснена обратная (экономическая) операція разрѣшенія цѣлаго отношенія тѣмъ путемъ, что законы аллодификаціонные дозволяютъ выкупать свой участокъ не ленному господину у вассала, а наоборотъ. Гдѣ явно спорятъ между собой народно-хозяйственное и юридическое воззрѣніе, то обыкновенно первое

изъ нихъ болѣе новое; и вотъ почему очень естественно, что юристъ, уже по профессіи своей преимущественно обращая вниманіе на истолкованіе законовъ, контрактовъ и т. д., тянетъ къ прошедшему, тогда какъ экономистъ обращаетъ вниманіе на признаніе и удовлетвореніе потребностей, т. е. обращаетъ вниманіе на настоящее и будущее.

Точно также и въ юридическомъ опредѣленіи понятія бумажныхъ денегъ, главную роль играетъ ихъ принудительный курсъ,—чѣмъ сразу рѣшается споръ о томъ, принимать ихъ, или нѣтъ. „Бумага, которую имѣющій право на деньги не обязанъ принимать, а можетъ отвергнуть, не есть денежный знакъ; бумажныя деньги, по самому понятію своему, имѣютъ принудительный курсъ.“ (Thöl. Handelsrecht, I, § 51.). Для экономическаго же воззрѣнія на деньги, на первомъ планѣ стоитъ постоянная и общая потребность ихъ обращенія; слѣдовательно постоянная возможность обмѣна бумажныхъ денегъ на самостоятельныя цѣнности (не только на кредитныя цѣнности!). Для послѣдняго воззрѣнія принудительный курсъ, который во что бы то ни стало долженъ быть признаваемъ, есть порокъ въ бумажныхъ деньгахъ. Это ведетъ къ глубокому различію обоихъ воззрѣній: юристъ, по самой профессіи своей дол-

женъ вѣрно толковать и прилагать ко всѣмъ подходящимъ спорнымъ случаямъ всякій дѣйствующій законъ, хотя бы онъ и не одобрялъ его содержанія. Съ его стороны всякая критика закона, которая идетъ дальше раскрытія согласія или противорѣчія даннаго закона съ другими законами, была бы отступленіемъ отъ чисто юридической точки зрѣнія и примкнула бы къ взглядамъ политическимъ, экономическимъ и т. д. Напротивъ экономистъ, который, по самой профессіи своей, постоянно занятъ потребностями оборотныхъ отношеній между людьми, разсматривая данный законъ, никакъ не можетъ опустить изъ виду того, отвѣчаетъ ли онъ этимъ потребностямъ.

Явное противорѣчіе обоихъ воззрѣній, какъ замѣтилъ прежде уже А. Ф. Ридель, рѣшительнымъ образомъ сказывается при займѣ капиталовъ. Юристъ, въ интересахъ мира, долженъ дѣлать здѣсь рѣшительное различіе между займомъ замѣняемыхъ и незамѣняемыхъ предметовъ; тогда какъ экономистъ не можетъ признать сколько нибудь важнымъ это различіе. Юристъ поэтому долженъ считать должника собственникомъ занятаго денежнаго капитала (apellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: Paullus); юристъ долженъ относить на счетъ должника рискъ за день-

ги; потому что иначе, — въ случаѣ спора между кредиторомъ и должникомъ, послѣдній могъ бы скрыть свои продѣлки, которыхъ никогда нельзя раскрыть при такой замѣняемой натурѣ денегъ. Но какъ скоро удовлетвореніе кредитора становится невозможнымъ не вслѣдствіе злонамѣренности, а вслѣдствіе несостоятельности, тогда тотчасъ же сказывается вѣрность экономическаго воззрѣнія, которое всегда считаетъ кредитора собственникомъ занятыхъ денегъ, несущимъ рискъ изъ за нихъ, и вотъ отсюда объясняемъ слѣдующую ему плату процентовъ. Извѣстно, какой огромный шагъ въ экономическомъ отношеніи сдѣлалъ Клавдій Салмазій именно тѣмъ, что сталъ оспаривать общепринятое юридическое ученіе объ отчужденіи въ формѣ mutui datio. — Въ такихъ случаяхъ легко можно подумать, что правовѣдѣніе останавливается на внѣшней формѣ дѣла, тогда какъ экономическая наука занимается сущностью самаго содержанія; но противуположность между формою и содержаніемъ здѣсь слишкомъ важна. И та и другая наука, значитъ, выдвигаетъ на первый планъ то, что для нея существенно.

Никто, конечно, кто не отсталъ слишкомъ отъ времени, не станетъ сомнѣваться въ томъ, что юристъ, для выполненія своей задачи, долженъ

быть знакомъ съ экономическимъ воззрѣніемъ. Отношеніе экономической науки къ юристамъ прошло въ этомъ случаѣ тѣ же фазы, какъ и отношеніе физики и химіи къ врачамъ. Лѣтъ за сто обѣ эти отрасли естественныхъ наукъ большинство медиковъ считало предметомъ любопытства, имѣющимъ значеніе развѣ для извѣстныхъ второстепенныхъ цѣлей. Но лѣтъ пятьдесятъ назадъ уже всѣ признали ихъ необходимость для изслѣдователя въ области медицины. А въ настоящее время ни одинъ порядочный врачъ не можетъ обойтись безъ нихъ! — Какъ публицистъ долженъ имѣть свѣдѣнія не только въ области государственнаго права, но и въ политикѣ (и въ финансовой, а слѣдовательно и въ экономической наукѣ); такъ и цивилистъ не можетъ обойдтись безъ народно-хозяйственныхъ воззрѣній.

Тѣмъ больше это нужно сказать о всякомъ изслѣдователѣ въ области гражданскаго права. Никакое изслѣдованіе невозможно здѣсь безъ исторіи права; но практическая исторія права, если она не хочетъ быть просто-на-просто голымъ наборомъ цитатъ, предполагаетъ живое пониманіе человѣческихъ потребностей; удовлетворить этимъ потребностямъ—вотъ цѣль, какую имѣли въ виду законы и другія юридическія учрежденія, и съ измѣненіемъ этихъ потребностей вообще и въ цѣломъ парал-

лельно совершается и измѣненіе законовъ. Юристы нерѣдко говорятъ о саморазвитіи юридическихъ институтовъ, какъ богословы или философы толкуютъ о саморазвитіи догмъ и идей. Но не слѣдуетъ обманываться образностью подобныхъ выраженій; они только указываютъ на чрезмѣрную отвлеченность погрузившагося въ свой матеріалъ изслѣдователя. На самомъ дѣлѣ люди и строятъ, и измѣняютъ юридическіе институты, догмы религіи и философемы. Что при этомъ думали и чувствовали люди, къ чему они стремились и чего достигли,—вотъ предметъ историческаго изслѣдованія; относительно гражданскаго права этотъ предметъ, какъ уже сказано, почти исключительно совпадаетъ съ развитіемъ народно-хозяйственныхъ потребностей и средствъ къ ихъ удовлетворенію. Точно также понятно, почему законодатель, если хочетъ дѣйствовать благодѣтельно, долженъ отчетливо понимать всѣ человѣческія потребности и тѣ средства, которыми можно мирно удовлетворить этимъ потребностямъ, предполагая, что онъ хочетъ мирнымъ образомъ сдѣлать такое удовлетвореніе. Безъ такого пониманія его, законодательство, быть можетъ, и не будетъ вреднымъ; но вопросъ въ томъ, не останется ли такое законодательство только на бумагѣ.—То же самое можно сказать и о болѣе скромной сферѣ судьи и ад-

вокaта. Никто никогда не сомнѣвался, что даже ученѣйшій юристъ долженъ имѣть житейскую опытность, если хочетъ быть истинно полезнымъ. Какъ адвокатъ, онъ долженъ защищать человѣческія отношенія въ мирномъ спорѣ; какъ судья, онъ долженъ распутывать ихъ правильнымъ образомъ; но для той и другой цѣли юристъ долженъ знать эти отношенія „практически", т. е., долженъ знать, какъ они рождаются изъ человѣческихъ потребностей и какъ дѣйствуютъ на человѣческое счастье и несчастье. Но если юристъ станетъ набирать подобныя практическія свѣдѣнія путемъ одного своего личнаго опыта,—какъ поздно, какъ отрывочно и какой дорогой цѣной для него самого или его кліентовъ и т. д., будетъ добыта эта опытность. Къ счастью, такое личное добываніе и не нужно. Мы имѣемъ науку, которая въ систематической, т. е, вполнѣ приспособленной къ изученію формѣ, собираетъ огромную долю этого практическаго знанія жизни: наука эта—общественная экономія.

Древнеримскіе юристы также значительной долей своего классическаго совершенства обязаны соображенію потребностей народнаго хозяйства. Въ настоящее время, обыкновенно придаютъ мало значенія этой сторонѣ ихъ заслугъ; но сравнительно говоря, принимая въ соображеніе состояніе эконо-

мической науки въ древности, ихъ заслуга и въ этомъ отношеніи не малая. Хозяйственныя качества римлянъ, быть можетъ, столько же содѣйствовали утвержденію ихъ всемірнаго господства, сколько ихъ качества политическія и военныя. И въ самомъ дѣлѣ, никакая власть политическая и военная не можетъ держаться безъ прочныхъ экономическихъ основъ. Для примѣра я укажу на строгую расчетливость римлянъ, которая хотя и не нравилась Горацію (A. P. 325 ff.), но изъ которой уже ко времени Цицерона развилось благодѣтельное значеніе римской бухгалтеріи. Далѣе, укажу на превосходство ихъ кредитной системы, которую Полибій (VI. 56. XXXII. 13.) ставитъ гораздо выше современной ей карѳагенской системы; на раннее устраненіе большей части стѣсненій собственности, свойственныхъ среднему періоду культуры,—что повело къ такому быстрому развитію Рима и въ хорошую, и въ дурную сторону; укажу на высокое значеніе раціональнаго сельскаго хозяйства и его литературы, даже теперь достойной удивленія; наконецъ, — на національную способность и склонность римлянъ къ большимъ предпріятіямъ, что подтверждается ихъ банкирскими операціями, постройками дорогъ, и вообще ихъ государственною и военной дѣятельностью. Все это стало духовнымъ наслѣдствомъ

классическихъ юристовъ,—и вотъ почему они были національно - оригинальными, систематически образованными и практическими людьми, которые въ Римѣ занимались экономическими вопросами, и даже въ теоретическомъ отношеніи занимались, какъ видно, не безъ успѣха, чему между прочимъ блистательнымъ доказательствомъ служитъ, знаменитый отрывокъ изъ Павла о природѣ денегъ. (L. 1. pr. Dig. XVIII, 1.)

Не менѣе важна польза отъ юридическаго образованія для теоріи и практики народнаго хозяйства. Такъ какъ огромная масса юридическихъ сдѣлокъ имѣетъ экономическое содержаніе и цѣль: то почти всякая экономическая дѣятельность предполагаетъ извѣстныя юридическія нормы. Конечно, всякій самостоятельный человѣкъ долженъ понимать эти нормы; но юристъ въ этомъ отношеніи спеціалистъ. Это особенно нужно сказать о пониманіи и толкованіи законовъ. А во всякомъ высоко-развитомъ государствѣ какое громадное значеніе имѣютъ законы не только для практическаго развитія народнаго хозяйства, а хоть бы для изученія его состоянія! Даже для низшихъ степеней культуры, когда и въ экстензивномъ и интензивномъ отношеніи вліяніе законодательства гораздо слабѣе, напр. въ средневѣковой жизни новыхъ народовъ, своимъ знаніемъ

тогдашней экономической жизни мы въ значительной степени обязаны юридическимъ памятникамъ и новѣйшимъ изслѣдованіямъ исторіи тогдашняго права.

Къ этому присоединяется и значительная методологическая польза, какую извлекаетъ экономистъ, прошедши хорошую юридическую школу. Уже одна цѣль призванія юриста — предупрежденіе или устраненіе споровъ, заставляетъ его точно взвѣшивать свои слова. Вотъ почему удачныя юридическія опредѣленія понятій и раздѣленія отличаются такой же точностью и ясностью, какъ удачныя философскія опредѣленія отличаются глубиной. Идеалъ искусства дѣлать опредѣленія былъ бы достигнутъ только при соединеніи юридической точности и философской глубины, но, къ сожалѣнію, они почти всегда исключаютъ другъ друга. Особенно теперь, когда изученіе народнаго хозяйства приняло историческое и практическое направленіе и стремится къ жизненной полнотѣ, трудно дѣлать удачныя опредѣленія; и вотъ почему это изученіе выигрываетъ отъ контроля надъ собой посредством юридической „трезвости“, т. е. точности. Уже Лейбницъ приписывалъ правовѣдѣнію извѣстнаго рода „счетъ понятій“; и по моему мнѣнію юридическое образованіе составляетъ такую же приготовительную школу для

всѣхъ наукъ о народной жизни, какъ чистая математика для всѣхъ наукъ естественныхъ. Я по крайней мѣрѣ знаю по себѣ, что во время моихъ студенческихъ занятій ни одна лекція государственнаго права или политической экономіи не приносили мнѣ столько пользы, какъ лекція Альбрехта о нѣмецкомъ правѣ. Вовсе не случай, а тѣмъ больше не окольный путь, что нѣмецкая экономическая наука развилась изъ такъ называемыхъ камеральныхъ наукъ, и эти послѣднія выдѣлились изъ правовѣдѣнія.

Затѣмъ есть еще одно важное соображеніе относительно практическаго примѣненія экономической науки. Я вовсе не настаиваю на томъ, чтобы будущихъ чиновниковъ администраціи приготовлять въ особыхъ факультетахъ „государственнаго хозяйства". Практическій геній не нуждается въ школьномъ приготовленіи къ практикѣ. Но для обыкновенныхъ людей кратчайшій путь къ тому, чтобы „практически" понимать такъ называемыя „дѣла", — это пройти или коммерческую или юридическую школу. Незачѣмъ пренебрегать и первой, видѣть въ ней только гоньбу за барышами да процентами, одинъ разсчетъ только на эгоистическія стремленія тѣхъ людей, съ которыми приходится имѣть дѣло. Во всякомъ министерствѣ финансовъ долженъ быть хоть одинъ

образованный купецъ, и весь механизмъ государственнаго контроля и счетоводства несравненно легче можетъ быть изученъ какимъ нибудь образованнымъ конторщикомъ. Но для большей части государственныхъ чиновниковъ незачѣмъ искать коммерческаго образованія; по крайней мѣрѣ въ немъ также мало необходимости, какъ напр., въ военномъ образованіи. Для людей, которыхъ призваніе въ томъ, чтобы управлять людьми посредствомъ закона, лучшее приготовленіе къ „практикѣ" — юридическій навыкъ открывать между подводными камнями столкновенія людей узкій, признаваемый обоими сторонами фарватеръ. Все „практическое" умѣнье въ концѣ концовъ состоитъ въ томъ, чтобы вѣрно предугадывать препятствія, мѣшающія осуществленію данной идеи. А юридическія притязанія заинтересованныхъ противниковъ, по крайней мѣрѣ у наиболѣе дѣятельныхъ народовъ, составляютъ важнѣйшее изъ такихъ препятствій.

Однимъ словомъ, я убѣжденъ, что юриспруденція и экономическая наука—это двѣ родныя сестры,—у нихъ одна общая мать—истина, и одна сфера работы — жизнь народа и человѣчества. Каждая изъ нихъ самостоятельна въ своемъ принципѣ, и нуждается въ содѣйствіи другой только для правильнаго проведенія этого принципа. Безъ

экономической науки, юриспруденція легко доходитъ къ тѣмъ крайностямъ, отъ которыхъ предостерегаютъ пословицы: fiat justicia, pereat mundus! Summum jus summa injuria! Но съ другой стороны будетъ такой же фальшивой односторонностью считать право только средствомъ къ хорошему устройству народнаго хозяйства. „Когда погибнетъ справедливость, то незачѣмъ людямъ и жить на землѣ." (Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Стр. 181).

Вотъ почему я рекомендую читателямъ изучать какъ прежнія, не большія по объему, но богатыя содержаніемъ труды автора: «Negotiorum gestio» Ростокъ, 1855 года, — „Общественная Экономія и Юриспруденція",—3 выпуска, Ростокъ, 1857 и 1858 *), такъ и предлежащій трудъ,—изучать со всѣмъ вниманіемъ, котораго они достойны.

Лейпцигскій Университетъ, Мартъ 1862.

Вильгельмъ Рошеръ.

---

*) Всѣ эти выпуски и съ ними четвертый изданы въ одной книгѣ: Nationalökonomie und Jurisprudenz, Ростокъ. 1859 года. (Переводч.)

ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА.

Благосклонный пріемъ, какой встрѣтили у многихъ мои статьи подъ заглавіемъ: „Общественная Экономія и Юриспруденція“, послужилъ поводомъ и къ этимъ этюдамъ. Въ нихъ я попытался: 1) связать въ одно цѣлое тѣ институты гражданскаго права, которые имѣютъ цѣлію установленіе и поддержаніе кредита; 2) найти въ общественной экономіи ту общую мысль, которой связываются въ одно систематическое цѣлое римское договорное право и рядъ институтовъ нѣмецкаго частнаго права; 3) разъяснить съ помощью общественной экономіи нѣкоторыя понятія въ ученіи о Communio и показать связь, въ какой состоятъ между собой многія юридическія нормы, обыкновенно трактуемыя въ учебникахъ гражданскаго права безъ всякой связи и гдѣ попало; 4) раскрыть юридическія средства, которыя имѣ-

ютъ цѣлью устранить непроизводительную затрату капиталовъ и рабочихъ силъ. Наконецъ, 5) я отмѣтилъ тѣ институты гражданскаго права, которыя слѣдуетъ считать прямымъ результатомъ нравственнаго чувства, и которыя поэтому состоятъ только въ косвенной связи съ общественной экономіей. Кромѣ того, чтобы покончить съ болѣе важными замѣчаніями критики, мнѣ казалось необходимымъ предпослать отчетливое раскрытіе принциповъ гражданскаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ опровергнуть главнѣйшія возраженія, которыя касаются столько же настоящихъ этюдовъ, какъ и прежде изданныхъ статей.

Ссылки, обозначенныя коротко: „выпускъ" относятся къ моимъ статьямъ, вышедшихъ подъ заглавіемъ „Общественная Экономія и Юриспруденція".

Ростокъ, Ноябрь 1861 года.

Авторъ.

Слово „принципъ" или „основаніе" имѣетъ четыре специфически - различныхъ значенія. Во-первыхъ, есть основаніе бытія, называемое причиной; съ такимъ значеніемъ слово „основаніе" является въ томъ случаѣ, когда идетъ рѣчь объ измѣненіяхъ въ неорганической природѣ. Во вторыхъ, есть основаніе существованія;—таково значеніе слова „основаніе", когда идетъ рѣчь объ отношеніяхъ въ пространствѣ и времени. Въ третьихъ: основаніе познанія, т. е. логическое основаніе,—таково значеніе слова основаніе, когда имѣются въ виду отвлеченныя понятія и выводъ изъ нихъ окончательныхъ и вѣрныхъ умозаключеній. Наконецъ, въ четвертыхъ, основаніе человѣческаго дѣйствія, т. е., мотивъ. Такимъ образомъ есть основанія физическія, математическія, логическія и этическія.

Юридическая норма выходитъ изъ человѣческой воли,—воли народа или законодателя; таким образомъ, юридическая норма, а слѣдовательно и право, какъ совокупность дѣйствующихъ юридическихъ нормъ, подходитъ подъ понятіе дѣйствія. Принципы права поэтому—только

мотивы, т. е. цѣли. Слѣдовательно, раскрывать принципы права — значитъ раскрывать мотивы или цѣли законодателя или народной воли, высказывающейся въ обычномъ правѣ. Эти цѣли или эгоистическаго, или нравственнаго свойства, и послѣднія можно обозначить общимъ выраженіемъ: „общественное благо", „salus publica".

Послѣ этого можетъ показаться, будто право держится только на этическихъ основаніяхъ. Но противъ этого можно сказать слѣдующее.

Государство образуетъ организмъ, подобный тому организму, какимъ является человѣческое тѣло; слово: „физіологія" государственнаго тѣла вовсе не метафора. Этотъ организмъ рождаетъ законы, которые дѣйствуютъ съ такой же неотразимой необходимостью, какъ и законы природы и съ диктаторской властью требуютъ пріостановленія, измѣненія и уничтоженія постановленія права; слѣдовательно, законодатель не можетъ выбирать между дѣятельностью и бездѣйствіемъ,—онъ вынуждается. Но если на волю законодателя дѣйствуетъ принужденіе, то и юридическая норма уже не можетъ считаться актомъ дѣйствія; на нее, какъ и на измѣненія въ неорганической природѣ, слѣдуетъ смотрѣть, какъ на совершившееся явленіе въ объективномъ мірѣ,—явленіе, которое должно быть сведено не къ мотиву, а къ причинѣ. Эти причины изучаетъ экономическая наука, которую можно назвать физіологіей общественнаго организма.

Экономическая изолированность отдѣльнаго лица и раздѣленіе труда въ обществѣ, — вотъ двѣ

первостепенныя причины, къ которымъ сводится рѣзкое, коренное различіе права въ жизни каждаго народа; съ первымъ изъ этихъ состояній связана грубость, со вторымъ — возвышеніе культуры. На этомъ основывается рѣшительное сходство [1]) права въ средневѣковой жизни римскаго и нѣмецкаго народа; — а отсюда возможность принятія римскаго права въ Германіи. Далѣе, изъ постепенности перехода отъ одного состоянія къ другому и постепенно совершающагося дальнѣйшаго развитія въ раздѣленіи труда объясняется, почему принятіе юстиніановскаго права шло медленно, т. е. почему примѣненіе положеній этого права въ Германіи, и вмѣстѣ съ тѣмъ знакомство съ нимъ совершалось только мало-по-малу. Отсюда же объясняется, далѣе, универсальность римскаго права, т. е., убѣжденіе, что юстиніановское право должно навсегда оставаться основаніемъ права всѣхъ современныхъ цивилизованныхъ народовъ. Отсюда же объясняется наконецъ, почему въ настоящее время юстиніановское право уже недостаточно, хотя въ средніе вѣка оно давало нѣмцамъ неисчерпаемое богатство юридическихъ положеній; это потому, что въ то время Германія еще не достигла той степени развитія, на которой остановилось византійское право вре-

---

[1]) Нѣтъ «существеннаго различія между римскимъ и нѣмецкимъ правомъ». Но есть коренное различіе между древнеримскимъ и юстиніановскимъ правомъ, и существенное сходство между средневѣковымъ правомъ римскаго и нѣмецкаго народа.

менъ Юстиніана, тогда какъ новые народы давно уже оставили за собой эту стадію развитія.

Итакъ, кромѣ мотивовъ, юридическія нормы имѣютъ и причины; слѣдовательно, есть не только этическіе, но и физіологическіе, т. е., экономическіе принципы права. Умный законодатель не станетъ дожидаться, пока его вынудитъ къ чему нибудь напоръ отношеній; но всегда будетъ предусматривать и дѣлать по собственной волѣ то, что рано или поздно сдѣлаютъ за него сами обстоятельства [2]). Область причинъ въ правѣ даннаго народа дѣлается тѣмъ тѣснѣе, а область мотивовъ становится тѣмъ шире, чѣмъ умнѣе и осмотрительнѣе его законодательство. Чтобы устранить недоразумѣнія, мы должны прибавить здѣсь еще слѣдующее замѣчаніе. Въ неорганической природѣ причины явленій открываются только путемъ эмпирическимъ, и всетаки найденная причина не имѣетъ аподиктической вѣрности. Иное дѣло причины, вызывающія перемѣны въ юридическомъ быту. Когда фактическія отношенія рождаютъ юридическія нормы, то всетаки, въ сущности, это результатъ дѣятельности людей. Масса, движимая эгоизмомъ, требуетъ данной юридической нормы и дѣйствуетъ или на законодателя, или создаетъ такую норму путемъ обычнаго права. Вотъ почему мы въ состояніи открыть съ аподиктической точностью причины измѣненій въ правѣ, именно, можемъ сдѣлать это путемъ телеологіи, что не-

---

[2]) Рѣзкій примѣръ противуположнаго случая представляетъ введеніе римскаго права въ Германіи.

возможно въ области изслѣдованій природы. Способъ, какимъ, при помощи телеологическихъ соображеній, можетъ быть добыта точность въ изслѣдобаніяхъ и правѣ, — этотъ способъ я укажу ниже [3]).

Далѣе, нѣтъ сомнѣнія, что возникающія изъ юридическихъ нормъ права могутъ быть представляемы, и дѣйствительно представляются какъ величины. Такими величинами представляются jura in re относительно полной собственности на данную вещь, далѣе, отдѣльные сервитуты, напр. serv. actus, viae, itineris во взаимномъ отношеніи другъ къ другу. Есть юридическія нормы, въ которыхъ выражается это взаимное отношеніе правъ, какъ величинъ; эти нормы и родились изъ воззрѣнія на права, какъ на величины, и слѣдовательно, они не могутъ быть отнесены ни къ объективной причинѣ, ни къ мотиву законодателя, а являются, какъ математическія необходимости, понятныя сами по себѣ, т. е. основанія ихъ

---

[3]) Здѣсь легко можетъ возникнуть недоразумѣніе, иначе незачѣмъ было бы и замѣчать, что не одно и то же говорить о возникновеніи, измѣненіи и прекращеніи юридическихъ положеній и правъ. Изслѣдовать причины возникновенія и прекращенія правъ — это не болѣе, какъ образное выраженіе, примѣненіе закона причинности, господствующаго въ реальной природѣ, къ такимъ идеальнымъ предметамъ, какими являются права. Основанія, по которымъ возникаютъ и прекращаются права, не нуждаются въ изслѣдованіи; эти основанія точно обозначены въ юридическихъ нормахъ. Но это «почему», можетъ быть предметомъ изслѣдованія, когда идетъ рѣчь о происхожденіи, измѣненіи и прекращеніи постановленій права.

нужно искать ни въ чемъ другомъ, какъ только въ присущей намъ a priori способности познавать и обсуживать отношенія величинъ [4]). Сюда принадлежатъ, напр. положенія: Qui habeat iter, non habet actum; in eo quod plus sit, semper inest et minus; nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; etc. Слѣдовательно, есть въ правѣ и математическіе принципы. Если вѣрно то, что пониманіе всякой науки становится глубже, если разсматривать части ея по закону однородности и специфическихъ различій, то и для пониманія науки права полезно выдѣлить изъ нея математическую сторону и разсмотрѣть ее отдѣльно.

Наконецъ, есть юридическія положенія, которыя добыты путемъ логическаго вывода изъ другихъ юридическихъ положеній. Извѣстныя положенія признаются юридическими по логическому основанію, или, что то же, юридическія нормы могутъ имѣть свое основаніе въ формѣ нашего мышленія, въ присущихъ намъ a priori законахъ мышленія. Юридическія нормы, основанныя на физіологическихъ, этическихъ и математическихъ

---

[4]) Онѣ основываются на непосредственномъ воззрѣніи (intuition), и не нуждаются въ дедукціи, въ какой нуждаются тѣ юридическія положенія, которыя основываются на экономическихъ или этическихъ принципахъ. Всѣ юридическія положенія, развитыя собственно юриспруденціей, состоятъ не изъ однихъ положеній, добытыхъ путемъ дедукціи, но изъ положеній интуитивнаго свойства. Послѣдняго не беретъ во вниманіе теорія при изслѣдованіи права юристовъ.

принципахъ, становятся для логики матеріаломъ, изъ котораго путемъ сравненія и умозаключеній она добываетъ дальнѣйшія юридическія нормы. Эти добытыя путемъ силлогизмовъ нормы на столько новы, на сколько вносятся въ наше сознаніе путемъ умозаключенія; потому что implicite мы знали ихъ и прежде. Отдѣльное изложеніе всѣхъ юридическихъ нормъ, основывающихся на дедукціи, невозможно потому, что число всѣхъ комбинацій съ цѣлью умозаключенія безконечно.

Такой совокупностью юридическихъ положеній, въ которой раздѣльно и ясно замѣтны всѣ четыре элемента, представляется право наслѣдованія. Всѣ постановленія, направленныя къ тому, чтобы сдѣлать имущественный субъектъ юридически безсмертнымъ, имѣютъ экономическое основаніе; воззрѣніе на hereditas, какъ на цѣлость, вышло изъ математическаго основанія; къ положеніямъ, которыя имѣютъ логическое основаніе, относится наприм., право на приращеніе наслѣдственной доли; а право наслѣдованія вообще держится на этическомъ основаніи. Но и въ другихъ институтахъ отчетливо и опредѣленно отличаются одинъ отъ другаго эти четыре элемента. Я укажу, наприм., хоть на ученіе о сельскихъ сервитутахъ. Понятіе объ этомъ институтѣ права держится на экономическомъ основаніи; выведенныя же отсюда юридическія положенія имѣютъ логическое основаніе. Положеніе, напр.: тотъ кто имѣетъ servitus viae, имѣетъ s. itineris — это начало держится на математическомъ основаніи. Наконецъ, положенія, что при установленіи сервитута берется во

вниманіе и невыраженное прямо мнѣніе установляющаго [5]), что при осуществленіи сервитута не дается судебной силы [6]) одной шиканѣ со стороны Dominus, что оказываетъ вліяніе [7]) положеніе: Pacta sunt servanda, — все это держится на этическомъ основаніи.

Главная масса юридическихъ нормъ имѣетъ этическія основанія, слѣдовательно выходитъ изъ мотивовъ. Эти мотивы двоякаго рода, если не брать въ расчетъ чисто эгоистическихъ мотивовъ. Вопервыхъ: законодатель замѣчаетъ въ государственномъ организмѣ зло, преслѣдуетъ его причину и издаетъ законъ, имѣющій цѣлью — устранить и причину и съ ней самое зло. Наука эта, которая разомъ служитъ патологіей, терапіей и діэтетикой общественнаго организма, есть политическая экономія. Законодателю она даетъ возможность замѣтить выходящее наружу зло, открываетъ его причину и наглядно указываетъ способы къ его устраненію. Чѣмъ меньше законодатель знакомъ съ этой наукой, тѣмъ вѣрнѣе попадетъ онъ во власть слѣпаго случая, тѣмъ безпорядочнѣе и безцѣльнѣе будетъ его дѣятельность. Вотъ въ чемъ

---

[5]) L. 13. pr. D. d. serv. praed. rusticorum. (8.3): — Si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.

[6]) Было бы чистой шиканой со стороны Dominus запретить тому, кто имѣетъ на его участокъ serv. viae, таскать этой via камни и дерево.

[7]) L. 11. eod. — Benignius dicetur, eos, qui cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

большей частью содержаніе исторіи права [8]). Законодатель не угадываетъ причины зла или выбираетъ невѣрное средство пособить бѣдѣ; узнавши изъ опыта свою ошибку, онъ идетъ въ своихъ попыткахъ далѣе и далѣе, дѣлаетъ добавленія и измѣненія, пока наконецъ законъ получитъ надлежащую степень полноты. Часто у Римлянъ такія пробы дѣлались въ теченіе цѣлыхъ столѣтій. Чисто наглядное представленіе объ этомъ я далъ въ историческомъ развитіи negotiorum gestio. Послѣ этого каждый пойметъ, что при помощи экономической науки можно и наоборотъ—по даннымъ юридическимъ нормамъ, наприм. римскаго права, можно раскрыть и самые мотивы или цѣли. Высказано сомнѣніе въ непогрѣшимости результатовъ такой операціи, въ аподиктической вѣрности раскрытыхъ этимъ путемъ принциповъ; высказана также боязнь, будто этакъ право отдается въ область произвола. И сомнѣніе и страхъ тутъ неосновательны, но они понятны, потому что и сомнѣвавшіеся и трусившіе сами не знаютъ въ чемъ дѣло. „Nihil certe aeque facit hominem multa suspicari, ac parum scire“. Я укажу возможно нагляднѣе, какъ поступаю въ томъ случаѣ, когда нужно открыть мотивъ или цѣль (ratio)

---

[8]) Содержаніе исторіи права наполняютъ: 1) измѣненіе фактическихъ отношеній, которое вызываетъ за собой развитіе права, и потому исторія права отражаетъ въ себѣ и исторію фактическихъ отношеній; 2) первоначальное заблужденіе законодателя, и въ этомъ отношеніи исторія права есть вмѣстѣ съ тѣмъ исторія законодательной близорукости и путаницы.

данной юридической нормы. Я выдѣляю юридическую норму, игнорирую ее, и потомъ, при помощи экономическаго соображенія, разсматриваю, какія невыгоды безъ этой нормы могутъ выйти для общественнаго организма. Эти невыгоды въ большинствѣ случаевъ сказываются сразу, и всегда съ аподиктической вѣрностью. Но вмѣстѣ съ этимъ, я, значитъ, нашелъ и цѣль или ratio юридической нормы. Пробный камень тутъ—согласіе или противорѣчіе другихъ юридическихъ нормъ съ найденнымъ ratio. Если же не оказывается никакихъ невыгодныхъ послѣдствій, и слѣдовательно данная норма можетъ быть вычеркнута безъ всякаго вреда,—то значитъ, для такой нормы нѣтъ никакого основанія. Таково, напр., постановленіе, что для дѣйствительности домашнихъ завѣщаній нужно не меньше 7 свидѣтелей. А если оказывается, что уничтоженіе данной нормы даже выгодно, какъ это, напр., можно сказать по поводу законовъ о ростѣ, о lex Anastasiana, о постановленіяхъ относительно laesio enormis; то, значитъ, такая норма — contra rationem и не зачѣмъ разыскивать намѣренія, т. е. заблужденіе [9]) законодателя. Я слѣдовательно дѣлаю тоже, что и физіологъ,

---

[9]) Въ такихъ случаяхъ, однакоже, не всегда дѣло сводится къ одному заблужденію: безполезная или вредная юридическая норма можетъ быть историческимъ обломкомъ, можетъ держаться благодаря привычкѣ, спячкѣ, бездѣйствію. Если доказана безполезность или вредность юридической нормы, то полезно разъяснить ее и исторически, потому что первое доказательство станетъ послѣ этого еще убѣдительнѣе.

которому нужно знать, каково значеніе извѣстнаго нерва въ человѣческомъ организмѣ; — физіологъ отрѣзываетъ нервъ, и если окажется, что у животнаго нѣтъ вкуса, или ощущенія въ извѣстной части тѣла, или же потеряна способность двигать извѣстнымъ членомъ; то никто не станетъ сомнѣваться, что физіологъ съ аподиктической вѣрностью можетъ указать на значеніе нерва. Яснѣе чѣмъ гдѣ нибудь я указалъ надежность этой операціи въ моей монографіи negotiorum gestio, гдѣ указаннымъ путемъ просто и легко раскрытъ принципъ этого института. Впослѣдствіи я нашелъ, что мой принципъ находитъ подтвержденіе и въ институціяхъ Юстиніана, а это не малое утѣшеніе для тѣхъ, кого радуетъ каждая цитата изъ Corpus juris. Безъ указаннаго метода вообще невозможно историческое развитіе какой бы то ни было юридической нормы, если не считать исторіей безсвязный, сухой аггрегатъ хронологически связанныхъ между собой фактовъ [10]). Очевидно, экономическая наука не только служитъ къ тому, чтобы раскрывать причины юридическихъ нормъ и юридическихъ отношеній; но и самые мотивы законо-

---

[10]) Указанный здѣсь пріемъ есть извѣстный опытный методъ Бэкона, въ примѣненіи къ юриспруденціи. Съ этимъ формальнымъ пріемомъ, имѣющимъ свои правила, не должно смѣшивать простой натурализаціи, т. е. когда розыскиваютъ ratio legis при помощи такъ называемаго здраваго смысла. Это смѣшеніе убило всякое довѣріе къ изслѣдованіямъ ratio юридическихъ нормъ. Извѣстное дѣло, выводы «здраваго смысла» чисто субъективны, слѣдовательно ненадежны.

дателя, слѣдовательно и этическая сторона права коренится въ народномъ хозяйствѣ. Всѣ мотивы законодателя, о которыхъ идетъ здѣсь рѣчь, имѣютъ ту особенность, что выходя и изъ чувства законодателя, имѣя цѣлью общее благо, они дѣйствуютъ не прямо, а чрезъ посредство разума. Законъ рождается цѣлесообразно. Но во вторыхъ, есть юридическія нормы, которыя являются непосредственнымъ результатомъ мотива, суть прямое изліяніе филантропическаго чувства. Сюда принадлежатъ, напр., соображеніе дѣтскаго возраста, малолѣтства, minor aetas, соображеніе болѣзней, поврежденій, соображеніе бѣдности, естественнаго легкомыслія женщины, соображенія недостаточности образованія, болѣзненной страсти къ мотовству, соображенія заблужденія при юридическихъ сдѣлкахъ, даже незнанія закона, сюда же принадлежитъ весь институтъ опеки и попечительства, законное раздѣленіе наслѣдства по предлагаемой voluntas завѣщателя. Особый классъ относящихся къ этой категоріи юридическихъ нормъ составляютъ тѣ положенія, въ которыхъ высказывается признаніе и соображеніе чувствъ [11]), отъ природы присущихъ каждому человѣку въ большей или меньшей степени, — нормы, имѣющія цѣлью устранить нарушеніе такихъ чувствъ. Сюда принадлежатъ: отмѣна дарeнія за неблагодарность; законодательныя постановленія о res sacrae, sanctae и religiosae, нѣ-

---

[11]) Число и свойство ихъ изучаетъ психологія. Сравн. ниже: Этюдъ V.

которыя основанія къ устраненію отъ наслѣдованія; правило: Pacta sunt servanda, и положеніе: is natura debet, cujus fidem secuti sumus, наказаніе за посягательство на честь и actio injuriarum вслѣдствіе оскорбленія чувства собственнаго достоинства. Нравственные принципы, лежащіе въ основѣ такихъ юридическихъ нормъ, знаетъ каждый, и для ихъ раскрытія не нужно никакой вспомогательной науки. — Нѣтъ юридическихъ нормъ, которыя бы признавали естественные инстинкты человѣка, потому что право положительно и относительно природы вездѣ дѣйствуетъ ограничительно. Нѣтъ никакого права на бракъ, а есть только юридическое ограниченіе брака моногаміей и извѣстными формами; нѣтъ никакого права на тѣ дѣйствія, къ которымъ побуждаетъ любовь родителей къ дѣтямъ, а есть только стѣсненіе природы и въ этомъ отношеніи; нѣтъ никакого права на самозащищеніе, и только юридическое ограниченіе проявленія этого естественнаго инстинкта. Гдѣ дается просторъ природѣ, тамъ не можетъ быть и помину о правѣ. Но есть юридическая защита противъ дальнѣйшихъ ограниченій, идущихъ со стороны другихъ [12]). Подобныя ограниченія природы со стороны права и такая защита противъ дальнѣйшихъ произвольныхъ ограниченій всегда имѣютъ этическое основаніе; дѣйствительно ли лежитъ въ нихъ нравственная мысль, это видно само собой; а если при этомъ есть еще мысль экономическая, это можно узнать путемъ указаннаго выше пріема.

[12]) Напр. interdict. de liberis exhibendis et ducendis.

Послѣ сдѣланнаго изслѣдованія очевидно, что нормы права вообще, а слѣдовательно и нормы гражданскаго права, основываются отчасти на экономическихъ, частью на этическихъ, отчасти на математическихъ, отчасти же на логическихъ принципахъ; такимъ образомъ матеріалъ права составляетъ четыре группы, изъ коихъ три первыя совершенно разнороднаго характера, и потому никакъ не могутъ быть подведены подъ одинъ общій принципъ. Такимъ образомъ, нѣтъ системы гражданскаго права въ смыслѣ вывода изъ одного принципа; архитектоническая постройка всего гражданскаго права въ такомъ родѣ, чтобы каждая отдѣльная часть проникала бы насквозь другой части, такая постройка невозможна. Система гражданскаго права можетъ быть построена не иначе, какъ принявши за основаніе одинъ изъ указанныхъ принциповъ; совокупность всѣхъ нормъ, объясняемыхъ однимъ взятымъ принципомъ, должно разсматривать какъ главное содержаніе, какъ стволъ, и привязать уже къ этому стволу остальной матеріалъ, какъ можно естественнѣе и симметричнѣе. При этомъ возникаютъ два вопроса:

1) Который изъ четырехъ принциповъ слѣдуетъ принять за основаніе? Прежде всего выдѣляется математическая сторона; число положеній, вытекающихъ изъ нея, сравнительно слишкомъ мало для того, чтобы она могла стать основаніемъ системы. Также точно не годится и логическая сторона; потому что логика сама по себѣ не даетъ никакихъ юридическихъ положеній, а скорѣе набираетъ свой матеріалъ изъ трехъ

другихъ группъ; внутри области этихъ группъ движутся ея понятія, сужденія и умозаключенія. Такимъ образомъ для основанія системы остается только часть экономическая, и часть, держащаяся на нравственныхъ принципахъ. Выборъ между ними нетруденъ, потому что юридическихъ положеній чисто этическаго свойства гораздо меньше, чѣмъ положеній экономическаго характера.

2) Какимъ образомъ съ главной группой связать другія группы? Прежде всего, — что касается части, основывающейся на принципахъ нравственности, то пунктъ соприкосновенія и связи ея съ экономическимъ принципомъ уже видѣнъ изъ слѣдующаго соображенія: съ народнымъ богатствомъ поднимается культура (гуманность), и въ такой же мѣрѣ исчезаетъ грубость. Поэтому мораль уже сама по себѣ находится въ тѣсномъ отношеніи къ народному хозяйству. Слѣдовательно, не было бы нисколько страннымъ прыжкомъ, если бы изложеніе главной массы гражданскаго права сообразно съ экономическими принципами, заканчивалось такой главой: „вліяніе культуры на развитіе права“ [13]). Но кромѣ того нужно еще замѣтить, что юридическія нормы, какъ и юридическіе институты, вытекающіе изъ нравственности, очень кстати могутъ быть испробованы и съ экономической точки зрѣнія; такъ что данная юридическая норма можетъ явиться не только моральной, но и цѣлесообразной, и наоборотъ: выходящая изъ нравственнаго принципа

[13]) См. ниже: Этюдъ V.

юридическая норма можетъ оказаться безцѣльною и вредною для salus publica, напр., постановленіе о laesio enormis, законы о процентахъ, Lex Anastasiana. Вотъ почему нѣтъ никакой надобности собирать въ одну главу ту часть гражданскаго права, которая вытекаетъ изъ началъ нравственности; она можетъ быть разсортирована по отдѣльнымъ мѣстамъ. Математическая часть также должна быть взята во вниманіе. Нѣкоторыя изъ положеній этой группы необходимо должны получить себѣ мѣсто. Напр., положенія о дѣлимости правъ въ случаѣ societas и communio; другія же положенія выясняются путемъ ассоціаціи идей. Логическая часть разумѣется сама собой, потому что она заключаетъ въ себѣ только выводы, вытекающіе изъ той или другой изъ прежнихъ частей.

Высказавши мнѣніе, что логическая часть гражданскаго права, т. е., часть, основанная на однихъ только логическихъ выводахъ изъ болѣе общихъ юридическихъ положеній, не можетъ служить основаніемъ или стволомъ системы, разумѣется я не хочу этимъ сказать, будто при построеніи системы съ той или другой точки зрѣнія, мы можемъ обойтись безъ логики. Только у животныхъ творческій инстинктъ вознаграждаетъ разумъ [14]). Но мы можемъ строить системы не иначе, какъ при помощи законовъ

---

[14]) Постройки канадскаго бобра, ткани пауковъ, норы муравьѣдовъ, соты пчелъ и всѣ птичьи гнѣзда, — все это системы, построенныя безъ участія разума.

нашего мышленія, т. е. при помощи сравненія и умозаключенія [15]). Чтобы построить систему и съ экономической точки зрѣнія, мы все таки должны отвлекать понятія изъ наличныхъ юридическихъ положеній, соединять эти понятія въ сужденія, выводить изъ послѣднихъ дальнѣйшія умозаключенія, и наоборотъ, понятія и сужденія нужно классифицировать по genus и species. И при экономической точкѣ зрѣнія мы должны изъ отдѣльныхъ юридическихъ положеній отвлекать понятія отдѣльныхъ юридическихъ отношеній и правъ. Но мы опредѣляемъ и распредѣляемъ эти понятія не по одному только ихъ содержанію, но и по ихъ цѣли; извѣстную группу юридическихъ положеній мы называемъ юридическимъ институтомъ не потому, что у нихъ общее фактическое предположеніе, но потому что они связываются одной и той же народно-хозяйственной цѣлью. Юридическіе же институты распредѣляются одинъ за другимъ по болѣе общимъ и спеціальнымъ цѣлямъ [16]). А если такъ, то наши умозаключенія — не чисто аналитическія, т. е., не одно только разложеніе простыхъ положеній, — нѣтъ, въ основаніи ихъ лежитъ цѣль; и наоборотъ: многія юридическія

---

[15]) При всемъ томъ, значительная доля дѣятельности въ этомъ отношеніи принадлежитъ и творческому инстинкту, лежащему въ животной природѣ человѣка. Одна сила ума не сдѣлаетъ еще зодчимъ, и въ наукѣ она не сдѣлаетъ систематикомъ.

[16]) То, что до сихъ поръ называлось юридическими институтами, правильнѣе называть «мнемоническими институтами».

нормы соединяются между собой не потому, что выражены въ одной нормѣ, кратко повторяющей ихъ общее содержаніе, — нѣтъ, они соединяются между собой потому, что въ спеціальныхъ цѣляхъ каждой юридической нормы открывается цѣль болѣе обширная или болѣе общая.—Цѣль народнаго хозяйства—возможно большее увеличеніе такъ называемыхъ матеріальныхъ, т. е. мѣновыхъ благъ, а съ ними и увеличеніе всѣхъ остальныхъ, которыя болѣе или менѣе обусловлены обладаніемъ первыхъ; цѣль эта затѣмъ есть справедливое распредѣленіе этихъ благъ между производящимъ населеніемъ и разумное пользованіе этими благами. Для достиженія такой великой и общей цѣли существуетъ множество учрежденій; однимъ изъ нихъ является право, именно гражданское право. Эта общая цѣль распадается на множество подчиненныхъ, менѣе важныхъ цѣлей, къ чему опять служатъ отдѣльныя юридическія нормы, которыя можно назвать юридическими институтами. Для достиженія той же общей цѣли существуетъ далѣе множество дѣйствій, которыя, будучи опредѣлены юридически, называются юридическими дѣйствіями. Понятіе объ институтахъ и о дѣйствіяхъ даетъ политическая экономія, опираясь на понятія оборота. Такъ политическая экономія показываетъ, дѣйствительны ли двѣ сдѣлки, являющіяся подъ разными именами, различны или тождественны, и если различны, то не подходятъ ли онѣ подъ общее, болѣе высшее понятіе. Политическая экономія указываетъ далѣе на взаимное отношеніе юридическихъ институтовъ и сдѣлокъ,

опираясь на ихъ цѣль, и соображая цѣль болѣе общую или болѣе спеціальную. При этомъ она должна часто обращаться за помощью къ народно-хозяйственной исторіи. Я не считаю нужнымъ пояснить все это примѣрами, но могу сослаться на мои прежнія сочиненія. Подобная система гражданскаго права относится къ прежнимъ и ходячимъ системамъ, какъ учебникъ физіологіи къ учебнику анатоміи, какъ живой организмъ къ трупу. Такая система объединяетъ одной идеей юридическія нормы, и потому она настоящая система; по такой системѣ право является въ непосредственной связи съ жизнью, а потому она для каждаго легка, проста, понятна, и слѣдовательно система — практическая; наконецъ она выростаетъ не изъ внѣшнихъ примазокъ и приклеекъ, а изъ внутри себя, и потому становится прочной и неизмѣнной. То, что до сихъ поръ называлось системой, было не система, а схема; она была непрактической, потому что въ ней не отражалась жизнь; она носила въ себѣ зародышъ тлѣнія и измѣняемости, какъ и видимъ на опытѣ,—вѣдь почти каждый цивилистъ въ основаніе своего ученія кладетъ свою собственную систему, т. е. схему.

Въ моихъ прежнихъ сочиненіяхъ я не гонялся за системой и не обѣщалъ ея. Моя дѣятельность должна была время отъ времени ограничиваться тѣми изслѣдованіями, которыя необходимы какъ предварительныя условія будущей системы. Эти предварительныя работы далеко еще не кончены; они превышаютъ силы одного человѣка, и еще

многіе и со мной, и послѣ меня должны работать надъ этимъ дѣломъ, чтобы собрать весь матеріалъ, привести его въ порядокъ и начать постройку. Кромѣ того, не много выйдетъ толку, какъ только открылся новый путь для науки, тотчасъ же приниматься за систематизацію, — чрезъ это уже добытые результаты легко могутъ показаться рѣшительными и законченными, что удержитъ другія силы отъ изслѣдованія. Философія и общественная экономія чрезвычайно много выиграли отъ того, что ни Бэконъ, ни Адамъ Смитъ не дали имъ системы. Но чтобы послѣ можно было предложить очеркъ цѣлаго зданія, я пытался быстро проходить всю область гражданскаго права, оставляя въ сторонѣ подробности, и стараясь обозрѣть въ общихъ чертахъ весь матеріалъ. И не смотря на это, помимо моей воли, каждая изъ моихъ статей приняла видъ округленнаго цѣлаго, систематическая связь внутри ихъ установилась сама собой. Въ этомъ я нашелъ ручательство того, что иду правильнымъ путемъ, и что мои изслѣдованія существенно отличаются отъ простаго ощупыванія. Послѣ этихъ предварительныхъ соображеній я обращаюсь къ тѣмъ возраженіямъ, которыми критика встрѣтила мои работы.

Основная мысль этихъ работъ вотъ въ чемъ: всякое право, а слѣдовательно и римское, есть продуктъ фактическихъ отношеній; что поэтому для пониманія всякаго права, необходимо предварительно знать родившія его фактическія отношенія[17]); что необходимый для этого опытъ замѣ-

[17]) Тель исходитъ изъ той мысли, что для пониманія

няется изученіемъ политической экономіи. Эта основная мысль, какъ ни ясно она выражена, всетаки въ извѣстной степени просмотрѣна или непонята даже очень дѣльными юристами. Одинъ изъ замѣчательныхъ ученыхъ, въ письменномъ разборѣ моего перваго выпуска, навязываетъ мнѣ намѣреніе, будто: „современное государство, относительно его юридической сферы, я хочу превратить въ государство исключительно торговое и промышленное.“ Нигдѣ не высказалъ я такого намѣренія; ничѣмъ не подалъ ни малѣйшаго повода къ подобной тревогѣ. Понятно, что такое мнѣніе принадлежитъ человѣку, который развѣ по имени знаетъ экономическую науку, и съ общимъ представленіемъ о ней ему только и грезится, что „торговля да промышленность“. При томъ, какъ ученику Гегеля, ему, конечно, не можетъ прійтись по вкусу мое направленіе, опирающееся на изрѣченіе Бэкона: Meditor philosophiam, quae nihil habet abstracti vel inanis. Другое возраженіе, дѣлаемое тѣмъ же ученымъ, вотъ какое: „общественная экономія не можетъ служить масштабомъ при оцѣнкѣ заслугъ античной юриспруденціи.“ Кто не убѣдился въ противномъ изъ моихъ прежнихъ статей, съ тѣмъ мнѣ нечего больше дѣлать. Не приводя дальнѣйшихъ доводовъ, я укажу только на мнѣнія другихъ критиковъ [18]:

торговаго права нужно знать прежде самую торговлю. Вотъ почему его книга—самый превосходный трудъ, какой только мы имѣемъ по части гражданскаго права.

[18]) Фиттингъ; Дворцакъ.

что я бросилъ новый свѣтъ на ученіе о собственности, что я нашелъ ключь къ ученію о наймѣ, что сдѣланныя мною разъясненія въ ученіи о сервитутахъ стоятъ внѣ возможности возраженій и т. д. Процессъ жизни народовъ въ цѣломъ и общемъ ходѣ одинъ и тотъ же; кто знаетъ исторію одного народа, тотъ знаетъ исторію всѣхъ народовъ. Каждый народъ имѣетъ свои средніе вѣка, свой періодъ культуры. Кто точно изслѣдовалъ и понялъ жизнь одного изъ новыхъ народовъ, тотъ вмѣстѣ съ тѣмъ знаетъ въ цѣломъ и общемъ ходѣ и развитіе римскаго народа. Отсюда слѣдуетъ, что политическая экономія, даромъ что наука новая, годится и для пониманія права не только римлянъ, но и всякаго другаго народа. Съ этой стороны мы замѣчаемъ, не лучше ли „современное общее право оставить на прежнемъ пути и стремиться только къ тому, чтобы во всѣхъ отношеніяхъ выяснить его научно." Но развѣ, примѣняя политическую экономію, какъ вспомогательную науку, къ юриспруденціи, я хочу этимъ измѣнять направленіе нынѣ дѣйствующаго общаго права? Въ области права я не хочу ничего ни создавать, ни преобразовывать, а только изслѣдовать и разъяснять, и безсвязное мертвое право, какимъ оно является въ компендіяхъ, представить въ живой формѣ, чтобы видна была его связь съ жизнью. Что же касается задачи — объяснять дѣйствующее право внутренне-научнымъ образомъ, —такъ развѣ я не пытался этого сдѣлать? Развѣ не я первый показалъ, что такое внутренняя исторія юридиче-

скаго института, и нагляднымъ образомъ обнаружилъ, что, не смотря на всю возню школы, называющей себя исторической, мы всетаки не имѣемъ внутренней исторіи гражданскаго права? То, что прежде называли внутренней исторіей права, рѣшительно не заслуживаетъ этого имени, — это не болѣе, какъ внѣшняя исторія внутренней стороны. Далѣе, развѣ не я показалъ, что всѣ ходячіе учебники гражданскаго права не имѣютъ на себѣ никакого научнаго характера? Они очень похожи на подобранную materia medica, которую и учатъ, и примѣняютъ къ дѣлу съ глубокой важностью, не подозрѣвая даже, что есть на свѣтѣ анатомія и физіологія. Что послѣ этого вся предшествовавшая юриспруденція должна быть признана шарлатанствомъ, — въ этомъ попрекать меня нечего; дѣйствительно, за исключеніемъ нѣкоторыхъ явленій, какъ, напр., торговое право Теля, такой эпитетъ не совсѣмъ неумѣстенъ.

Кунце ждетъ отъ моихъ сочиненій опасности прежде всего для духа права, а этотъ духъ есть этическая потенція. Я не знаю, значитъ ли здѣсь слово этическій то же, что нравственный, моральный. Если значитъ, то я не могу согласиться съ положеніемъ, будто все право, а тѣмъ больше гражданское, имѣетъ нравственное происхожденіе. Послѣ того, что сказано выше, очевидно, что только сравнительно малая доля гражданскаго права имѣетъ нравственное происхожденіе, да и изъ этой доли только часть есть непосредственный продуктъ нравственнаго чувства любви къ людямъ.

и справедливости. Ничего нѣтъ нелѣпѣе, какъ считать право отвердѣлой моралью и потому принимать въ человѣкѣ какое то врожденное чувство права, какъ источникъ всѣхъ юридическихъ нормъ. Съ другой стороны, рѣшительно нѣтъ повода бояться, будто „послѣдовательное развитіе моихъ юридическихъ воззрѣній кончится тѣмъ, что юриспруденція будетъ поглощена въ экономической наукѣ“, — въ моихъ сочиненіяхъ я нигдѣ не утверждалъ, будто все гражданское право исключительно держится на экономическихъ принципахъ. Напротивъ, не разъ [19]) я указывалъ на то вліяніе, какое оказываетъ на развитіе права культура и гуманность: — Но если Кунце принимаетъ слово „этическій“ въ болѣе обширномъ смыслѣ и хочетъ сказать, что положенія права основываются на однихъ только мотивахъ, а не на причинахъ, что основанія права суть основанія дѣйствія, а не основанія бытія, то строго говоря, онъ правъ. Въ самомъ дѣлѣ неоспоримо, что происхожденіе каждой юридической нормы есть актъ дѣйствія или со стороны законодателя, или со стороны народа. При всемъ томъ, я думаю, изъ предварительныхъ соображеній видно достаточно, насколько и въ какомъ отношеніи можно и должно смотрѣть на право, какъ на объективное явленіе, и слѣдовательно насколько умѣстно говорить, наряду съ мотивами, и о причинахъ происхожденія

---

[19]) Сравн. напр. Выпускъ IV. Стр. 14. № 4, 31, 43, 46, 49. Кунце, впрочемъ, мнѣ пишетъ, что онъ не читалъ еще IV выпуска.

права, и слѣдовательно смотрѣть на образованіе и дальнѣйшее развитіе права въ цѣломъ и общемъ ходѣ, какъ на „естественно-необходимый процессъ“. Насколько отъ такого воззрѣнія можетъ грозить опасность духу права, я ужъ не знаю. Да и вообще, оставьте меня въ покоѣ съ это фразой—„духъ права“,—въ ней идетъ дѣло о такомъ неуловимомъ абстрактѣ, что самое понятіе является почти безъ всякаго содержанія. Можно сказать: справедливо или нѣтъ мое воззрѣніе. Доказать первое пытался я, доказать второе—дѣло критики. Но это еще вовсе не критика, если Кунце съ галантно-аристократической миной выражаетъ ужасъ, какъ могъ я дойти до того, чтобъ „право съ высоты религіи жизни духа низвести до низости естественно-необходимыхъ процессовъ“. Признаюсь, для меня новость, что ранговыя различія—высокій и низкій, изящный и вульгарный имѣютъ силу и относительно научныхъ воззрѣній; что научное воззрѣніе, хоть бы и вѣрное, можетъ быть не принято потому, что оно „вульгарно“. Значитъ, еслибы кто нибудь неотразимо доказалъ, что теперь юридическое отношеніе между профессоромъ и студентами не болѣе, какъ locatio conductio operis, такъ Кунце, чего добраго, сказалъ бы на это: да, это взглядъ правильный, только слишкомъ низкій, и потому долженъ быть отвергнутъ. — Во вторыхъ, въ моемъ направленіи Кунце видитъ опасность для метода юридической науки, которая „можетъ быть подчинена только своимъ собственнымъ законамъ“. И правду сказать, забавно

читать, какъ Кунце приходитъ въ экстазъ и невольно восклицаетъ: „по моему мнѣнію, мы бунтуемъ противъ духа права, требуя отъ юридической науки, чтобы она попала на бускиръ къ политической экономіи"! Это похоже на то, еслибы каменьщикъ отказывался участвовать въ постройкѣ по той причинѣ, что считаетъ недостойнымъ позволить плотнику вести себя на буксирѣ. Какъ таки не понять, что каждая наука помогаетъ всѣмъ остальнымъ, что всѣ они стремятся къ одной цѣли и что только принципъ раздѣленія труда подѣлилъ науку на отрасли и факультеты! — Подобное важничанье въ литературѣ теперь уже ни къ чему не ведетъ. Гегелю оно еще удавалось, а вотъ Пухтѣ ужъ нѣтъ, и теперь, слава Богу, не тѣ времена. Подобныя вспомогательныя средства въ критикѣ не производятъ больше никакого эффекта. — Кунце хвалитъ меня за желаніе содѣйствовать тому, чтобы положить конецъ спиритуализму (какъ онъ называетъ историческую школу); но еще хуже спиритуализма, думаетъ онъ, будто бы угрожающій теперь матеріализмъ; ему кажется, что я уже отдался матеріализму. Позвольте спросить, что понимаете вы подъ матеріализмомъ, господинъ профессоръ? Матеріалистическое направленіе юриспруденціи, пишете вы, есть такое обращеніе съ правомъ, которое ведетъ къ загромоздкѣ и обремененію, облекаетъ жирнымъ слоемъ изящное зданіе права, разрушаетъ сжимающую силу юридическаго мускульнаго аппарата и приводитъ къ нивеллировкѣ пластически-расчлененнаго права". Трудно про-

бираться чрезъ этотъ жирный покровъ живописной фразеологіи. Вы, значитъ, считаете римское юстиніановское право могучимъ атлетомъ съ завиднымъ здоровьемъ, и боитесь, чтобы я не превратилъ этого Геркулеса въ какую то тушу. Я радъ и готовъ принять за комплиментъ ваше замѣчаніе, что я доставляю вашему Геркулесу здоровые припасы; вы только безпокоитесь, чтобы онъ ужъ чрезчуръ не откормился и, такъ сказать, не издохъ отъ собственаго жира. Но это опасеніе совершенно напрасно. Мои статьи очень скудны; анатомическій же строй и мускульный аппаратъ тѣхъ предметовъ права, которые затронуты мной, обнажены до костей. Больше никто изъ критиковъ не жаловался на разжиреніе. Другіе, именно г. проф. Фиттингъ и мой издатель, остались недовольны малымъ объемомъ моихъ выпусковъ. Да и вообще ваша образность не вѣрна, — римское юстиніановское право скорѣй походитъ на человѣка, который страдаетъ отъ многихъ разнообразныхъ и серьезныхъ болѣзней и скверныхъ наростовъ. Да впрочемъ, зачѣмъ эта трата словъ? На фразы мнѣ и не слѣдовало отвѣчать. Кунце долженъ объяснить точно и опредѣленно, въ чемъ именно состоитъ матеріализмъ и превратность моего направленія, — безъ этого же я не могу съ нимъ спорить. Я остаюсь при томъ мнѣніи, что, не зная хорошенько, чѣмъ упрекнуть меня, Кунце пустилъ въ ходъ всю свою болтовню и важничанье предо мною. Онъ поэтому и статьи мои пустилъ не съ тѣмъ, чтобы оцѣнить ихъ, а для того, чтобы къ чему нибудь въ нихъ да придраться. Причина

всей этой запальчивости—мое мнѣніе, что „поворотный пунктъ юриспруденціи“ лежитъ не тамъ, гдѣ думалъ найти его Кунце.

Изъ числа критиковъ, признавшихъ проложенное мной направленіе успѣхомъ науки, нѣкоторые силятся доказать, что идея „не нова“. По моему это еще не важность; вѣдь еще Соломонъ сказалъ: ничто не ново подъ луной; извѣстно также выраженіе Платона, что всякое открытіе — ничто иное, какъ только вспоминаніе; наконецъ и я самъ, въ самыхъ ясныхъ выраженіяхъ, отказался отъ славы открытія. Но тотъ, кто считаетъ необходимымъ отрицать у меня оригинальность, обязанъ упоминать и объ моемъ отказѣ; иначе люди, не читающіе ничего, кромѣ рецензій, могутъ заподозрить меня въ неосновательныхъ претензіяхъ. Тотъ, кто хотѣлъ бы быть ко мнѣ вполнѣ справедливымъ, долженъ былъ выразиться объ этомъ такъ: „есть идеи, которыя коренятся во времени, онѣ принадлежатъ не отдѣльнымъ личностямъ, а цѣлому поколѣнію; онѣ живутъ въ безчисленныхъ головахъ, но только въ формѣ общихъ и неясныхъ представленій. Вдругъ является человѣкъ, который въ первый разъ ясно сознаетъ идею, формулируетъ ее отчетливо, высказываетъ публично и доказываетъ. Такъ случилось и теперь, — къ статьямъ этимъ были, такъ сказать, предрасположены“. Но Лейстъ слишкомъ мало оцѣнилъ мое дѣло, назвавши его въ своей статьѣ однимъ „раскатомъ грома“.

Меня упрекали, зачѣмъ я поправилъ нѣкоторыя неполныя опредѣленія понятій у римскихъ

юристовъ. Именно считали неизвинительнымъ, что процентный заемъ я назвалъ просто наймомъ денегъ. Этотъ упрекъ выходитъ изъ ложнаго, къ сожалѣнію еще очень распространеннаго взгляда, что право и юриспруденція — нѣчто отрѣшенное отъ жизни и оборота, — нѣчто существующее само по себѣ, что будто понятіе о юридическихъ сдѣлкахъ установляются правомъ, и слѣдовательно, если легальное опредѣленіе находится въ противорѣчіи съ оборотнымъ понятіемъ, то на немъ одномъ и нужно остановить вниманіе. Я не могу согласиться съ такимъ воззрѣніемъ, и скорѣе думаю, что всѣ юридическія сдѣлки заимствуютъ изъ жизни и оборота свою опредѣленную и неизмѣнную природу, и право тутъ ничего не можетъ измѣнить. Право беретъ уже готовыми понятія объ этихъ сдѣлкахъ, и его задача только нормировать ихъ. Легальныя опредѣленія, составленныя самимъ правомъ — несообразность, — вѣдь всякому покажется нелѣпостью, будто есть нормы права, въ которыхъ опредѣлено, что то-то и то-то должно быть мѣной, куплей, наймомъ, займомъ, дареніемъ и т. д. [20]). Если юриспруденція (не право) находитъ нужнымъ точно формулировать эти понятія, то каждый въ правѣ испытать, вѣрна ли формула или нѣтъ. Понятно поэтому, что если римскій юристъ въ своемъ опредѣленіи

---

[20]) Законодатель можетъ и долженъ опредѣлить только тѣ понятія, которыя составляетъ онъ самъ, напр. понятіе связи тѣлъ; это то же самое, что долженъ дѣлать и математикъ, который самъ строитъ фигуру.

отступаетъ отъ дѣйствительной природы сдѣлки, мы въ правѣ исправить его ошибку и затѣмъ вычеркнуть всѣ тѣ юридическія нормы, которыя выходятъ изъ этой ошибки. Нечего бояться, будто такая свобода подвергнетъ гражданское право опасности. Вѣдь понятія о юридическихъ сдѣлкахъ держатся прочно въ жизни и оборотѣ, и ошибка въ самой природѣ юридической сдѣлки немыслима; можно ошибаться только въ формулированіи понятія. И потому легко распознать тѣ юридическія положенія, которыя вытекаютъ изъ невѣрнаго опредѣленія, такъ что съ этой стороны нечего опасаться шаткости въ правѣ. Притомъ критика не видитъ, что сдѣланная мной поправка римскаго понятія о процентномъ займѣ вовсе не была дѣломъ каприза. Какъ я показалъ, эта поправка была необходимой. При обсужденіи процентнаго займа возникаютъ такіе юридическіе вопросы, которые при римскомъ опредѣленіи понятія не могутъ быть рѣшены безъ натяжекъ. И приведенная по этому поводу аргументація еще нисколько не опровергается тѣмъ, что Кунце обозвалъ эпитетомъ „каша“ все подробное изложеніе этого предмета.

Но куда же дѣвать послѣ этого безпроцентный заемъ? спрашиваютъ въ Архивѣ Практическаго Правовѣдѣнія. Кто видѣлъ, гдѣ я поставилъ даренія относительно купли; кто видѣлъ, въ какомъ отношеніи къ найму я поставилъ ссуду и безсрочную ссуду (precarium); кто видѣлъ, въ какомъ отношеніи къ личному найму поставлены порученія и поклажа, тотъ вѣроятно до-

гадается, въ какомъ отношеніи къ процентному займу я ставлю заемъ безпроцентный.

Изслѣдовавши дѣло, я высказалъ мнѣніе, что наемъ есть видъ купли, купля видъ мѣны и наконецъ societas productiva имѣетъ характеръ обмѣна цѣнностей, и что поэтому есть нормы права, которыя должны имѣть примѣненіе ко всѣмъ этимъ сдѣлкамъ. Кунце называетъ такой взглядъ „нивеллировкой" и видитъ въ этомъ шагъ назадъ; успѣхъ, видите, состоитъ въ обособленіи, т. е. въ спецификаціи. На это я могу сказать слѣдующее. Прежде всего, уже одна мысль Кунце о томъ, будто я имѣлъ намѣреніе нивеллировать, была бы несправедливостью ко мнѣ. Я только изслѣдовалъ и затѣмъ сводилъ результаты моихъ изслѣдованій; но у меня никогда не было намѣренія — добывать эти результаты во что бы то ни стало. Слѣдовательно, выраженіе ,,нивеллировать," т. е. не видѣть нарочято никакихъ различій,—совершенно неумѣстно. Кунце и самъ вѣроятно согласится, что мнѣ и въ голову не приходило утверждать, будто societas, мѣна, купля, наемъ, процентный заемъ, — все это одно и то же. Я достаточно отличалъ различіе, т. е., показалъ, въ чемъ состоитъ различіе между всѣми этими сдѣлками независимо отъ ихъ общаго характера. Упрекъ Кунце въ нивеллировкѣ не имѣетъ, значитъ, никакого основанія. Притомъ невѣрно мнѣніе, будто успѣхъ науки состоитъ только въ ,,обособленіи". Съ него вѣроятно будетъ достаточно двухъ авторитетовъ, на которыхъ я сошлюсь: Платонъ и Кантъ оба

утверждали, что въ каждой наукѣ долженъ имѣть силу не только законъ различенія, но и законъ однородности. Я соображалъ и послѣднее указаніе, и вотъ что Кунце съ презрительной миной называетъ ,,нивеллировкой“.

Перехожу теперь къ упрекамъ, сдѣланнымъ мнѣ преимущественно тѣми, которые стали горячими почитателями моихъ прежнихъ сочиненій и съ ,,радостью привѣтствовали“ мой первый шагъ на новомъ пути. Со всѣмъ вниманіемъ я долженъ заняться этимъ упрекомъ, но съ неменьшей настойчивостью займусь и опроверженіемъ. Главное преступленіе съ моей стороны вотъ въ чемъ: я первый дерзнулъ усомниться, будто отдѣльныя положенія римскаго права были приняты въ Германіи, въ чемъ никто не сомнѣвался прежде. Одинъ очень благодушный и дѣльный рецензентъ (въ ,,Швабскомъ Наблюдателѣ“) требуетъ, чтобы я отказался отъ своего мнѣнія и далъ слово не трогать больше вопроса о принятіи римскаго права въ Германіи; а профессоръ Фиттингъ опасается, что подобной дерзостью я напередъ лишаю довѣрія новое направленіе. Профессоръ тутъ до того расходился, что ему уже почудилось, будто я съ особеннымъ упорствомъ преслѣдовалъ свой преступный умыселъ. Но что касается послѣдней точки зрѣнія, т. е., ,,литературно-политической“, мнѣ мало нужды до того, что несогласные со мной относительно вопроса о принятіи признаютъ и все остальное въ моихъ сочиненіяхъ безполезнымъ вздоромъ; и они признаютъ въ моихъ статьяхъ значеніе критики и настолько вос-

пользуются ими. Затѣмъ, я держусь того мнѣнія, что подобныя соображенія благоразумія не должны имѣть мѣста въ области научныхъ изслѣдованій. Тутъ все дѣло въ томъ, правъ я или не правъ; а не въ томъ, что быть можетъ иду противъ ходячаго мнѣнія и потому долженъ ожидать непріятностей. Чтобы оправдаться въ той свободѣ, съ какой отношусь къ вопросу о принятіи, я могъ бы просто сослаться на Кирульфа но не въ моей привычкѣ апеллировать къ авторитетамъ, я привыкъ думать своей головой и защищаться собственными средствами.

Вопросъ о принятіи „римскаго права въ Германіи" никакъ не можетъ считаться уже рѣшеннымъ, и Кунце совершенно правъ, высказавши мнѣніе, что мой очеркъ римской торговли, такъ не понравившійся профессору Фиттингу, имѣетъ главной цѣлью—приготовить къ новому изслѣдованію вопроса о принятіи. Ходячая теорія этого вопроса имѣетъ то преимущество, что она очень удобна; мнѣ кажется, она и родилась изъ соображеній удобности, и по этимъ же соображеніямъ удерживается съ такимъ непреклоннымъ упорствомъ. Но только экономистъ можетъ понять, какъ слѣдуетъ относиться къ принятію римскаго права въ Германіи. Я надѣюсь составить статью на тему: „Нѣмецкая торговля въ средніе вѣка и принятіе римскаго права", и здѣсь выскажу свой взглядъ въ короткихъ и общихъ выраженіяхъ.

Всякая юридическая норма имѣетъ цѣлью: удовлетворить данной потребности общества; особенно это можно сказать о тѣхъ поло-

женіяхъ права, которыя безмолвно вводитъ самъ народъ, и потомъ обнаруживаетъ ихъ въ постоянномъ, однообразномъ примѣненіи. По этому нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что и фактъ, обозначаемый названіемъ „принятіе римскаго права въ Германіи", вызванъ также потребностью; и потому сильно заблуждаются тѣ, которые думаютъ, будто римское право распространено въ Германіи такимъ же образомъ, какъ распространяютъ христіанство между чуждыми народами. Приятію необходимо предшествовало ощущеніе недостатка; устраненіе этого недостатка было настоятельной необходимостью, но сдѣлать это не могъ въ то время ни народъ, ни тогдашнее неуклюжее законодательство. Такимъ недостаткомъ была положительная недостаточность туземнаго права. Отчего же старое нѣмецкое право, бывшее такъ долго удовлетворительнымъ, не стало удовлетворять въ 12 и 13 столѣтіи? Очевидно, что въ это время внезапно наступила большая перемѣна въ фактическихъ отношеніяхъ Германіи, заставшая въ расплохъ нѣмцевъ, такъ что ихъ юридическое развитіе не могло поспѣть за этими быстро развившимися отношеніями. Всякій, хоть поверхностно знающій нѣмецкую исторію, и хоть слегка знакомый съ основными началами экономической науки, легко догадается. что такимъ глубоко врѣзавшимся событіемъ было построеніе городовъ. Стоитъ только представить нѣмцевъ на степени развитія 10 столѣтія и предположить несуществующими всѣ города Германіи, и тогда прямо можно сказать, что въ такомъ состояніи

было бы какъ разъ достаточнымъ старое нѣмецкое право въ томъ видѣ, какъ представляютъ германисты. Но если затѣмъ представить внезапное возникновеніе городовъ, которые, какъ грибы изъ земли, растутъ съ своей новой жизнью и потребностями, — то сразу становится очевиднымъ, что старое нѣмецкое право не могло уже больше удовлетворять этимъ новымъ отношеніямъ, и неудовлетворительность его должна стать въ высшей степени гнетущимъ недостаткомъ. Такая потребность въ удовлетворительномъ правѣ родилась уже со времени Генриха I, затѣмъ усиливалась съ развитіемъ городовъ и распространялась территоріально съ появленіемъ новыхъ городовъ. Параллельно съ этимъ шелъ и наплывъ римскаго права въ Германіи. Но не слѣдуетъ забывать, что съ появленіемъ городовъ развившееся до тѣхъ поръ нѣмецкое право не вышло изъ употребленія. Оно вполнѣ примѣнялось къ тѣмъ фактическимъ отношеніямъ, для которыхъ оно было создано; въ этомъ отношеніи не было никакой надобности принимать положенія чужого права; потребность въ этихъ положеніяхъ ограничивалась областью вновь явившихся юридическихъ отношеній, возникшихъ изъ пробудившейся въ городахъ и быстро пошедшей впередъ мануфактурной и торговой промышлености. Нужно было и полное договорное право, особенно торговое право; требовались постановленія права о возникшихъ вновь Servitutes praediorum urbanorum и о сосѣдскихъ отношеніяхъ, возникшихъ изъ сгущенія населенія въ городахъ; словомъ нужно было пра-

во, хоть и не научно разработанное, но какъ разъ такое, какъ въ Corpus juris;—въ научности тогда не было надобности, она лежала далеко выше горизонта нѣмцевъ. Римское право удовлетворяло потребности больше, чѣмъ сколько было нужно; его примѣняли къ вновь возникшимъ отношеніямъ въ полномъ убѣжденіи въ его цѣлесообразности. Жаль, что это постоянное заявленіе первоначальнаго убѣжденія невѣрно названо „обычаемъ", потому что это повело къ ложному взгляду, будто такая opinio necessitutis основывается на „обычаѣ". Далѣе, невѣрно и нелѣпо называть „обычнымъ правомъ" указанную часть римскаго права, которая принята въ Германіи. Такой терминъ идетъ только къ тѣмъ юридическимъ нормамъ, которыя потому имѣютъ силу, что долговременное примѣненіе ихъ стало привычнымъ для народа. Для первыхъ нормъ opinio necessitatis заключается въ разумѣ, для послѣднихъ — въ чувствѣ. Съ теченіемъ времени нормы послѣдняго рода могутъ потерять всякій смыслъ, и всетаки могутъ держаться потому, что народъ не можетъ отказаться отъ дорогаго ему обычая.

Къ сожалѣнію, нужную имъ часть римскаго права нѣмцы взяли вмѣстѣ съ той частью, которая имъ была ненужна и многими своими положеніями противорѣчила нѣмецкимъ отношеніямъ, да и должна была противорѣчить; въ самомъ дѣлѣ нѣмецкій народъ вступалъ тогда въ періодъ своихъ среднихъ вѣковъ, тогда какъ юстиніановское право относилось къ тому времени, когда уже не оставалось почти слѣдовъ средневѣковой

жизни римскаго народа. Нѣмецкіе Doctores juris зубрили римское право въ цѣлости (complexu), и примѣняли его гдѣ ни попало (in complexu). Понятно само собой, что эта вторая часть римскаго права, какъ обычное право Германіи, могла получить силу только путемъ обычая. Но врядъ ли тутъ дѣйствовалъ обычай, какихъ не выдумывай тамъ Doctores дедукцій въ доказательство противнаго. Оппозиція дѣйствовала въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ, и если буквоѣдамъ удалось наконецъ заставить замолчать народъ, то этимъ еще вовсе не доказано, будто весь Corpus juris glossatum дѣйствуетъ въ Германіи какъ обычное право. Какъ сначала, такъ и теперь, въ народѣ рѣшительно нѣтъ opinio necessitatis относительно той части, которая навязана ему въ средніе вѣка. Въ этомъ могутъ сомнѣваться развѣ педанты, которые въ отчужденіи отъ жизни возились съ своимъ римскимъ правомъ. Вотъ почему я не признаю, будто Corpus juris civilis принятъ in complexu, да еще принятъ такъ, что сославшійся хоть на одно мѣсто его, имѣетъ уже fundatam intentionem. Напротивъ, Corp. jur. civ. какъ общее право Германіи имѣетъ силу на столько, на сколько можетъ быть доказано его принятіе. Что подобная теорія можетъ отдать примѣненіе права въ область произвола— этого могутъ бояться развѣ тѣ, у которыхъ нѣтъ свѣдѣній, необходимыхъ для рѣшенія вопроса о принятіи in concreto. Если бы кто сказалъ, что я плыву противъ теченія, что дѣйствіе Corpus juris въ Германіи уже fait accompli: это можетъ быть и справедливо. Но до тѣхъ поръ, пока противники

мои опираются не на это основаніе, а на дедукцію, до тѣхъ поръ я въ правѣ выставлять дедукцію противнаго свойства.

Впрочемъ я готовъ согласиться, что для тѣхъ, которые хотятъ идти по одному со мной направленію, лучше не касаться вопроса о принятіи, и ограничиваться однимъ выраженіемъ сомнѣнія по поводу тѣхъ положеній права, на счетъ которыхъ можно сомнѣваться, чтобы они проникли въ сознаніе нѣмецкаго народа. Только когда съ помощью экономической науки будутъ провѣрены и исправлены римскія понятія, когда будутъ раскрыты принципы юридическихъ нормъ, и для каждаго юридическаго института будетъ своя внутренняя исторія, т. е. исторія обработанная по закону причинности, только тогда окажется матеріалъ, необходимый для основательнаго изслѣдованія вопроса о принятіи вообще и для вѣрнаго рѣшенія его въ отдѣльныхъ случаяхъ.

Здѣсь я оканчиваю отвѣтъ на критическія возраженія болѣе общаго характера. Что касается погрѣшностей и ошибокъ, которыя будто бы найдены въ изложеніи отдѣльныхъ предметовъ и юридическихъ вопросовъ, то я отложу отвѣтъ на нихъ до другаго времени. Закончивши кругъ моихъ „опытовъ", обозрѣвши всю тронутую мной область, я намѣренъ сдѣлать обзоръ и подвести итоги всѣмъ моимъ работамъ. Тогда будетъ принята во вниманіе и критика болѣе спеціальныхъ вопросовъ. А до тѣхъ поръ для меня важнѣе всего всесторонне оправдать ту основную мысль, которая поставлена во главѣ моихъ статей, и удалить тѣ сом-

нѣнія, которыя поднимаются противъ моего предпріятія въ его цѣломъ и общемъ видѣ. Понятное дѣло, ступивши первымъ на новый путь, я болѣе чѣмъ кто другой рискую ошибаться; но ошибки, если угодно, мое право, моя привиллегія. Но для цѣлаго эти погрѣшности и заблужденія не многимъ важнѣе ошибокъ переплетчика или типографскаго наборщика.

Будучи находчивыми въ открытіи моихъ недостатковъ и погрѣшностей, мои критики оказались невнимательными ко многимъ замѣчаніямъ и разъясненіямъ. Меня удивляетъ, что критики просмотрѣли или игнорировали дѣйствительно научные результаты. Не считаю нужнымъ сказать здѣсь все, что я думаю; но въ интересѣ науки я считаю своей обязанностью указать хотя на одинъ примѣръ. Всякому юристу извѣстно, что ученіе о societas находится и по сю пору въ жалкомъ состояніи. Внѣшняя сторона этого отношенія, т. е. юридическія отношенія, въ какихъ socii стоятъ къ стороннимъ лицамъ, разработаны превосходно, такъ именно разработалъ ее Тель; но за то также жалка та часть теоріи, которая касается внутренней стороны, т. е. отношенія, въ какомъ socii находятся между собою. Въ первомъ выпускѣ я указалъ на путаницу и темень, какая видна въ этомъ отношеніи у римскихъ юристовъ; тамъ же попытался доказать, что недостатокъ нашей теоріи въ томъ, что societas разсматривается вообще, не различая товарищескихъ договоровъ по ихъ цѣлямъ. Такъ дѣлаетъ напр. Пухта. Все, что написано этимъ ученымъ мужемъ о внутреннемъ отношеніи

societas,—замѣчательная дрянь. Изъ области товарищескихъ договоровъ я выдѣлилъ промышленное общество и точно анализировалъ его сущность; затѣмъ я показалъ, какой точный анализъ возможенъ здѣсь при помощи экономической науки, и для спеціальной разработки этого въ высшей степени практическаго и важнаго предмета я положилъ прочный фундаментъ. Лучше было бы, если бы критики обратили вниманіе на исходный пунктъ, а не перечисляли незначительныхъ преимуществъ этого очерка.

I

Общія условія кредита и специальныя учрежденія для поддержанія кредита.

Довѣріе есть чувство увѣренности, т. е. чувство отсутствія всякой или извѣстной опасности, и должно быть отличаемо отъ обдуманнаго, расчитаннаго убѣжденія въ надежности [21]). Довѣріе есть вѣра, а вѣра съ разумомъ не справляется.

Подъ довѣріемъ политическая экономія понимаетъ чувство увѣренности въ томъ, что цѣнность, которую хотятъ затратить, не будетъ потеряна, но возвратится въ прежней или другой какой либо формѣ. Довѣріе въ такомъ экономическомъ значеніи называется „кредитомъ".

Общими условіями кредита называются тѣ комбинаціи, установленія и учрежденія въ государствѣ, безъ которыхъ, кромѣ случаевъ необходимости, врядъ ли кто рѣшился бы затрачивать

---

[21]) На этомъ существенно основывается различіе между личнымъ и реальнымъ кредитомъ.

цѣнности, какъ съ цѣлію производства,[22]) такъ и и для того, чтобы доставить другимъ временное пользованіе этими цѣнностями. Иное дѣло тѣ учрежденія, которыя спеціально имѣютъ въ виду содѣйствовать установленію кредитныхъ отношеній. Было бы правильнѣе такое раздѣленіе: условія довѣрія вообще и условія кредита въ тѣсномъ смыслѣ.

Прежде чѣмъ скажемъ подробнѣе о тѣхъ и другихъ, необходимо, во избѣжаніе недоразумѣній, сдѣлать слѣдующее замѣчаніе. Между учрежденіями, полезными въ народно-хозяйственномъ отношеніи, нужно отличать тѣ, которыя съ самаго же начала вызваны экономической предпріимчивостью, и тѣ, которыя, хотя вызваны и другими соображеніями, но затѣмъ испробованы общественной экономіей и признаны необходимыми или полезными. Можно указать не на одно учрежденіе и постановленіе послѣдняго свойства, и мы скажемъ рѣшительно, что „право наслѣдованія“ принадлежитъ къ этому послѣднему классу учрежденій. Оно очень выгодно въ экономическомъ отношеніи, но не этой выгодѣ обязано своимъ происхожденіемъ.

I. Общія условія кредита, которыя въ то же время и общія условія производства—разнородны. Полное вычисленіе ихъ невозможно, да и не нужно. Для насъ довольно указать важнѣйшія изъ нихъ. На первомъ планѣ тутъ представляются:

А. Такое государственное устройство, которое обезпечиваетъ общество отъ деспотіи и анар-

[22]) Выпускъ I. Стр. 18.

хіи, и энергическое правительство, достаточно сильное для того, чтобы охранять въ государствѣ спокойствіе и порядокъ. Затѣмъ

Б. Полная безопасность личности и собственности.

Пока нѣтъ этихъ условій, производство во всѣхъ отрасляхъ промышленности ограничивается узкими размѣрами и ввѣреніе цѣнностей бываетъ самое незначительное. Рѣзкій примѣръ подобнаго состоянія представляютъ общественныя отношенія въ восточныхъ государствахъ.

Не наше дѣло пускаться въ изслѣдованіе, какая именно форма государственнаго устройства и какой образъ правленія наиболѣе способны привести къ высокому процвѣтанію производства и установить общее довѣріе между гражданами. Равнымъ образомъ мы предоставляемъ уголовному праву заниматься изслѣдованіемъ тѣхъ средствъ, какія необходимы для огражденія личности. Въ области же гражданскаго права мы займемся только защитой собственности и ея аналогій.

Нарушеніе собственности можетъ быть полное или частное. Первое состоитъ въ лишеніи владѣнія или въ полномъ уничтоженіи объекта собственности; второе состоитъ въ стѣсненіи владѣнія или въ уничтоженіи части объекта собственности.

Средства, предлагаемыя гражданскимъ правомъ для защиты собственности, слѣдующія:

1) Предупредительныя, имѣющія въ виду

предотвратить нарушеніе чужой собственности. Сюда принадлежатъ:

a) Угрозы наказаній.

b) Законная обязанность не затѣвать предпріятій, угрожающихъ вредомъ собственности другихъ

c) Право собственника останавливать продолженіе такихъ дѣйствій, которыя грозятъ опасностью его собственности.

d) Законная обязанность давать обезпеченіе (cautio) за могущій произойти вредъ отъ опаснаго свойства какого нибудь зданія или другаго заведенія.

Всѣ эти предупредительныя мѣры извѣстны были римлянамъ и нашли примѣненіе въ ихъ гражданскомъ правѣ. Здѣсь достаточно указать на слѣдующія постановленія римскаго права: actio furti и vi bonorum raptorum (a), actio aquae pluviae arcendae b), interdictum quod vi aut clam (c) и actio damni infecti (d) [23])

2) Мѣры, клонящіяся къ возстановленію нарушенной собственности. Это возстановленіе:

a) Возможно непосредственно, въ случаѣ лишенія или стѣсненія владѣнія, если отнятое владѣніе можетъ быть возвращено и причиненное стѣсненіе можетъ быть устранено. Для этой цѣли служитъ rei vindicatio, когда нарушеніе полное, и actio negatoria, когда нарушеніе въ части [24]). Въ смыслѣ абстракт-

---

[23]) См. Пухта, Pand. § 375, 384, 395, 386, 396. 394.

[24]) Пухта, Pand. § 178, 172.

ныхъ принадлежностей собствености эти иски о собственности никогда не направляются противъ заранѣе опредѣленнаго лица, а противъ всякаго, кто бы ни явился нарушителемъ, и потому они названы actiones in rem въ противуположность actiones in personam [25])

b) Непрямо, посредствомъ возмѣщенія цѣнности въ случаѣ полнаго или частнаго разрушенія объекта собственности. Для этой цѣли служитъ actio ex lege Aquilia [26]). Въ послѣднемъ искѣ нѣтъ надобности при rei vindicatio и negatoria, когда предстсвляется и частное нарушеніе собственности; потому что въ такихъ случаяхъ эти иски направляются также и къ вознагражденію убытковъ. Относительно этой римской номенклатуры не нужно забывать, что въ случаяхъ послѣдняго рода въ vindicatio и negatoria заключается и actio aquilia [27]).

---

[25]) Это раздѣленіе actiones чисто внѣшняго и механическаго свойства. Онъ можетъ имѣть мнемоническое достоинство, но для систематическаго распредѣленія и развитія постановленій права неудобно и вредно, потому что раздѣляетъ постановленія права, связанныя между собой дѣйствительно, т, е. своей цѣлью, и наоборотъ, скучиваетъ такія постановленія, которыя по цѣли своей не имѣютъ ничего между собой общаго.

[26]) Пухта, Pand. § 388. Полная защита собственности возможна только тогда, когда существуетъ понятіе цѣнности и выданы деньги, на которыя можно свести всякую цѣнность, въ какой бы формѣ она не была.

[27]) Это замѣчаніэ получаетъ практическое значеніе въ

Въ прежнихъ статьяхъ своихъ я замѣтилъ, что въ римскомъ правѣ наряду съ dominium образовались и его аналогіи. [28]) Отсюда прямое послѣдствіе то, что тому, кому принадлежитъ jura in re aliena, принадлежатъ и всѣ тѣ юридическія средства, какія имѣетъ и dominus, средства съ цѣлью отклонять и устранять нарушенія и возстановлять свое нарушенное право. Даромъ, что въ римскомъ правѣ этого нигдѣ не высказано, но каждый разъ умѣстно для защиты jura in re aliena примѣненіе юридическихъ средствъ охраны собственности. У римлянъ введены особыя названія для тѣхъ исковъ, которые рождаются изъ нарушенія какого нибудь jus in re: actio confessoria для сервитутовъ, actio de superficie для суперфиціарнаго права, actio in rem emphyteuticaria для эмфитефты и actio hypothecaria для закладнаго права [29]).

Путемъ этой аналогической защиты для jura in re, расширилось понятіе actiones in rem. Всѣ эти actiones обозначаются общимъ именемъ petitiones [30]).

Съ понятіемъ petitio расширяется и понятіе имущества. Одна абстрактная возможность вытребовать при помощи государства владѣніе вещью,

---

томъ случаѣ, когда до конца процесса о собственности умираетъ отвѣтчикъ. Rei vindicatio обращается тогда противъ наслѣдниковъ, — in quantum ad eos pervenit.

[28]) Выпускъ II. Стр. 18, 19.

[29]) Пухта, Pand. §§ 191, 175, 176. Nota h. § 214.

[30]) L. 178. § 2. D. d. V. S. (50, 16) — petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur.

у кого бы она ни была, и владѣть этой вещью какъ собственностью, такая возможность получаетъ цѣнность въ оборотѣ, и вотъ почему petitiones являются какъ составныя части имущества, какъ видъ bona civilia [31]). Вслѣдствіе этого является абстрактное право собственности, въ противуположность конкретному dominium, которое не раздѣльно съ владѣніемъ. Точно также являются абстрактныя jura in re, къ противуположность тѣмъ jura in re, которыя связаны съ осуществленіемъ возможности пользованія. Дальнѣйшее расширеніе понятія имущества является вслѣдствіе исковъ о вознагражденіи за разрушенные или поврежденные объекты собственности и тѣ предметы, которые разсматриваются какъ аналогіи собственности. Одна возможность требовать при помощи государства вознагражденія убытковъ также получаетъ самостоятельную цѣну, и самые иски, какъ persequutiones, причисляются къ bona civilia [32]).

Въ одной изъ прежнихъ статей мы видѣли, что по взгляду римлянъ долговыя цѣнности, даромъ что формально [33]) подлежать собственности должника, матеріально считались собственностью кредитора; такой считалась res empta. Мы въ правѣ ожидать, что защиту собственности римляне для послѣдовательности распространяли и на эту матеріальную собственность. Дѣйствительно у римлянъ

---

[31]) Выпускъ I. Стр. 15.

[32]) Выпускъ I. Стр. 15.

[33]) § 2. J. d. contrah. empt. (3, 33). Sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est.

должникъ, именно продавецъ, былъ обязанъ „praestare actiones“, т. е. всѣ иски, принадлежащіе ему формально и защищающіе собственность, обязанъ былъ уступить покупщику, и покупщикъ можетъ предъявлять эти иски, какъ actiones utiles, безъ особенной уступки. Sed etsi quid praeterea rei venditae nocitum est, говорится въ римскомъ правѣ, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae, vel aquilae, vel interdicti quod vi aut clam. Всѣ иски, формально принадлежащіе продавцу противъ стороннихъ лицъ за растрату, поврежденіе или разрушеніе объекта покупной сдѣлки, одинаково предоставляются и покупщику [34]).

C. Защита собственности сама по себѣ была бы еще недостаточной для поддержанія производства и довѣрія въ государствѣ, если бы она не восполнялась другимъ учрежденіемъ. Что толку въ безопасности собственности, если не знаешь, какіе объекты можно считать своей собственностью, и можно каждый часъ ожидать иска о собственности со стороны другаго? И что пользы въ убѣжденіи, что объекты, которыми я владѣю, несомнѣнно моя собственность, когда есть сомнѣніе о томъ, принадлежатъ ли и матеріально эти объекты мнѣ; когда можно опасаться, что имущество, принадлежащее мнѣ формально, можетъ быть отнято долговымъ искомъ по своей цѣнности? Вотъ почему весьма рано у римлянъ, какъ и у нѣмцевъ, находимъ юридическій институтъ давности на ряду съ тѣми

[34]) L. 13. § 12. D. d. A. E. V. (19, 1).

средствами, которыя служатъ для защиты собственности. Quod ideo receptum videtur, говоритъ Гай, ne rerum dominia diutius in incerto essent [35]). Bono publico, говорится въ другомъ мѣстѣ, usucapia introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent [36].)

Очевидно само собой, что развитіе этого института идетъ параллельно съ развитіемъ, т. е. постепеннымъ расширеніемъ понятія имущества, что давность первоначально ограничивалась одними только объектами собственности [37]), потомъ распространилась на аналогіи собственности (jura in re), и прежде всего на сервитуты [38]), затѣмъ расширилась на отношеніе собственника къ имѣющему jus in re [39]), и наконецъ получила силу и для правъ долговыхъ [40]). Когда установилось понятіе имущества, какъ совокупности абстрактныхъ цѣнностей, явилась и общая идея давности для всѣхъ объектовъ имущества, т. е. для цѣнностей, безъ соображенія ихъ формы и вида. Важная заслуга Юстиніана въ томъ, что онъ стремился внести ясность и простоту въ запутанное ученіе о давности для собственности; но римское право неполно здѣсь въ томъ отношеніи, что оно не дало общеобъемлющихъ однообразныхъ нормъ для всякой давности, каковъ бы ни былъ ея предметъ, что

---

35) Gaj. I. § 43.
36) L. 1. D. d. ususcap. (41, 3).
37) Пухта, Pand. § 156 слѣд.
38) Пухта, Pand. § 188. Сравн. § 175. Nota d. и § 177.
39) Ibidem, § 190, 202.
40) Ibidem, § 189, слѣд.

оно не выставило общихъ условій, при которыхъ можетъ быть утрачена или пріобрѣтена всякая цѣнность путемъ давности. Для современнаго законодательства остается важной задачей начать снова прерванную съ Юстиніаномъ работу, и значительно упростить гражданское право въ этой части.

Въ новѣйшее время въ нѣкоторыхъ государствахъ Германіи давность для собственности и для jura in re относительно недвижимой собственности потеряла свое практическое значеніе, потому что замѣнена другимъ, болѣе полнымъ учрежденіемъ. Въ этихъ государствахъ всѣ поземельные участки подъ надзоромъ правительства точно измѣрены и нанесены на планъ; имена собственниковъ обозначены въ книгѣ, которая ведется при участіи общественной власти; каждый переходъ поземельной собственности отмѣчается въ книгѣ, и только тотъ, кто записанъ въ этой книгѣ собственникомъ, считается таковымъ. То же самое и со всѣми jura in re; юридическую силу имѣютъ только тѣ ограниченія чужой собственности, которыя отмѣчены въ поземельной книгѣ. Вотъ почему въ этихъ государствахъ нѣтъ никакого риска при пріобрѣтеніи собственности и другихъ вещныхъ правъ на чужіе участки; потребность въ давности для этихъ случаевъ исчезла, а съ ней исчезъ и самый институтъ. Вслѣдствіе такихъ порядковъ въ этихъ земляхъ значительно поднялось производство и не меньше поднялся и общій кредитъ.

Наши юристы различаютъ давность пріобрѣтательную и погасительную, и, какъ намъ кажется, безъ всякаго основанія. Всякая давность

пріобрѣтательная для одной стороны и погасительная для другой. Собственникъ пріобрѣтаетъ въ томъ случаѣ, когда сервитутъ на его участокъ теряется чрезъ non usus. Точно также и должникъ пріобрѣтаетъ цѣнность въ томъ случаѣ, когда задавнивается противъ него долговой искъ; цѣнность, которую матеріально онъ считалъ какъ aes alienum, вслѣдствіе давности иска становится для него aes suum. Отсюда слѣдуетъ, что давность владѣнія и давность исковая должны вести къ одинаковымъ результатамъ, и послѣдняя не можетъ оставлять за собой никакого obligatio naturalis. Это слѣдуетъ и изъ тото, что оба института очевидно имѣютъ одну и ту же народно-хозяйственную цѣль, т. е. удовлетвореніе одной и той же практической потребности. Мы прямо утверждаемъ, что никто не въ состояніи указать для исковой давности иную практическую цѣль, чѣмъ для давности владѣнія. Слѣдовательно, и противъ этого нечего спорить; если давностный владѣлецъ не имѣетъ никакихъ обязательствъ относительно прежняго хозяина вещи, то и должникъ ничѣмъ не можетъ быть naturaliter обязанъ относительно своего кредитора. Указанія римскихъ источниковъ противорѣчатъ въ этомъ случаѣ одно другому; поэтому этотъ вопросъ можетъ быть рѣшенъ только путемъ дедукціи изъ одного принципа. Мы дѣлаемъ дедукцію изъ общаго ratio института давности — ratio, которую открываетъ намъ экономическая наука [41]).

---

[41]) Сравн. Кирульфъ, Civilrecht. Стр. 210, 212. Nota ***).

D. Прежде были объяснены и указаны основанія, почему conditio usucapiendi считалось у римлянъ вещнымъ юридическимъ отношеніемъ и защищалось особеннымъ вещнымъ искомъ и actio negatoria. Касательно случая коллизіи двухъ лицъ, одинаково пріобрѣвшихъ владѣніе bona fide и ex justo titulo, римскіе юристы не согласны между собой. Нерацій [42]) болѣе правъ, говоря, что дѣло должно рѣшаться старшинствомъ пріобрѣтенія владѣнія. Это мнѣніе исходитъ изъ того, что conditio usucapiendi есть вещное юридическое отношеніе, аналогическое съ собственностью, — ad instar proprietatis, и что тотъ, кто пріобрѣтаетъ вещь bona fide и ex justo titulo, относительно actio Publiciana имѣетъ jus quaesitum, которое не можетъ быть у него отнято. Распространеніе publiciana in rem actio и на jura in re было не больше, какъ только послѣдовательность, потому что эти jura—аналогіи собственности [43]).

E. Защита собственности и bonae fidei possessio ex justo titulo на практикѣ были очень недостаточны по той причинѣ, что на истцѣ лежала обязанность доказыванія. Отнявши владѣніе, каждый могъ заставить владѣльца доказывать свою собственность или пріобрѣтеніе владѣнія ex justo titulo. Устраненіе такого нодостатка было практической потребностью. Преторъ объявилъ вещнымъ юридическимъ отношеніемъ владѣніе само

---

[42]) L. 31. § 2. D. d. A. E. V. (19, 1).

[43]) Сравн. Выпускъ II. Стр. 18, 19.

по себѣ, одно possessio [44]). Для случаевъ стѣсненія и лишенія владѣнія преторскій эдиктъ ввелъ совершенно аналогическіе иски, такъ называемые interdicta retinendae и recuperandae possessionis [45]).

Понятіе possessio, какъ противуположность понятію dominium, существовало и до этихъ владѣльческихъ исковъ. Какъ скоро существуетъ собственность, существуетъ и ея противуположность. Въ противуположность собственнику de jure всегда былъ и собственникъ de facto, т. е. тотъ, кто имѣетъ чужую вещь и считаетъ ее своей собственностью. Но какъ при собственности возникло одно голое petitio, такъ и при владѣніи, путемъ владѣльческихъ интердиктовъ, образовалось абстрактное владѣніе—понятіе такого владѣльца, которому принадлежатъ одни только владѣльческіе интердикты, который поэтому не есть фактическій владѣлецъ, а считается таковымъ только въ судѣ. Такой владѣлецъ называется civilis possessor. Ему противуполагается naturalis possessor, т. е. тотъ, кто имѣетъ владѣніе фактически, съ animus rem sibi habendi, но не признается владѣльцемъ юридически. Поэтому владѣніе civilis possessor'а есть нѣчто чисто идеальное. Naturalis possessor, какъ противуположность civilis possessor'у, не долженъ быть смѣшиваемъ съ тѣмъ, qui naturaliter tantum possidet, кто corporaliter

[44]) — — hoc ipso, quod possidet, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. L. 2. D. Uti poss. (43, 7).

[45]) Пухта, Pand. § 132, слѣд.

удерживаетъ вещь безъ animus rem sibi habendi. Но и послѣдній называется иногда naturalis possessor [46]), но слѣдуетъ обращать вниманіе на связь рѣчи, чтобы понимать значеніе этого выраженія. Такимъ образомъ различаются: 1) civilis и naturalis possessor; 2) possessio просто и naturalis possessio. А отсюда слѣдуетъ, что относительно одной и той же вещи можетъ быть civilis possessor, naturalis possessor и детенторъ, т. е. naturalis possessor въ другомъ смыслѣ [47]).

Та же самая потребность, которая рядомъ съ защитой собственности и bonae fidei possessio вызвала защиту и одного только владѣнія, каковы бы ни были условія его пріобрѣтенія, рядомъ съ защитой jura in re и quasi-possessio [48]), пріобрѣтенною ex justo titulo и bona fide, вызвала и защиту quasi-possessio независимо отъ условій

---

[46]) Сравн. L. 7. § 11. D. comm. divid. (11, 3).

[47]) L. 1. § 9, 10. D. d. VI. (43, 16): Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit hoc interdicto uti, non tamen si colonus. Дареніе ничтожно и супругъ продолжаетъ считаться юридическимъ владѣльцемъ, civilis possessor, и ему принадлежатъ владѣльческіе интердикты; но въ случаѣ насильственнаго лишенія владѣнія достаточно и не признаваемаго юридическимъ, просто civilis possessio жены. — Въ такомъ случаѣ она имѣетъ interdictum de vi; но colonus не имѣетъ, потому что онъ не владѣетъ. Dejicitur is qui possidet, т. е., interdictum de vi требуетъ присутствія animus rem sibi habendi, а его нѣтъ у naturalis possessor въ смыслѣ детентора.

[48]) Выпускъ II. Стр. 19.

его пріобрѣтенія. Впрочемъ, римляне ввели защиту для quasi-possessio только въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ [49]).

F. Вопросъ о томъ, какое вліяніе на производство и общее довѣріе въ государствѣ оказываетъ положеніе: „всякій производитель in bona fide пріобрѣтаетъ собственность на свой продуктъ“, и насколько этотъ принципъ проведенъ въ римскомъ правѣ — этотъ вопросъ достаточно разъясненъ прежде [50]).

G. Могучій рычагъ производства составляетъ также право наслѣдованія. Кто убѣжденъ въ томъ, что его имущество достанется въ добычу неизвѣстной толпѣ или поступитъ въ отвлеченную государственную кассу, тотъ ограничиваетъ свое производство, и все, что имѣетъ, старается по возможности потребить самъ. Напротивъ, увѣренность человѣка въ томъ, что плоды его прилежанія послѣ смерти достанутся тому, кто для него близокъ и дорогъ,—увѣренность въ этомъ будетъ поощрять его къ бережливости и дѣятельности. Такое общество, какое хотѣлъ создать С. Симонизмъ, было бы замѣчательно лѣнивымъ, распущеннымъ и бѣднымъ. Право наслѣдованія, дѣлая гражданина предпріимчивымъ и бережливымъ, является важнымъ источникомъ національнаго богатства и слѣдовательно культуры [51]).

Можно сказать съ увѣренностью, что не бы-

---

[49]) См. Пухта Pand. § 139.

[50]) Выпускъ I. Стр. 28 слѣд.

[51]) Рошеръ, Grundlagen. § 84.

вало еще общества безъ наслѣдованія, по той простой причинѣ, что наслѣдованіе основывается на законѣ природы. Въ каждаго человѣка природа вложила больше или меньше любви къ дѣтямъ, почитанія къ родителямъ, привязанность супружескую, привязанность къ родственникамъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ вложено и побужденіе передавать свое достояніе близкимъ людямъ. Положительное законодательство установило порядокъ наслѣдованія, а поднимающаяся цивилизація, измѣненіе нравовъ и религіозныхъ воззрѣній вызывали постепенное измѣненіе относящихся сюда нормъ, т. е. цѣлую исторію права наслѣдованія. Понятіе hereditas также древне, какъ и римскій народъ. Принимать, будто первоначально римскій народъ не зналъ наслѣдованія, значитъ то же, что принимать, будто естественный народъ началъ свою жизнь въ неестественной обстановкѣ.

Въ силу высказаннаго соображенія экономическая наука заявляетъ положительному праву требованіе, чтобы всякій могъ свободно распоряжатьс остающимся послѣ него имуществомъ, съ тѣм только ограниченіями, какія на каждаго налагают нравственность и господствующія воззрѣнія времени. Экономическая наука требуетъ свободна testamenti factio, съ выдѣленіемъ законной доли въ пользу ближайшихъ родственниковъ; въ тѣхъ случаяхъ, когда внезапно застигнетъ человѣка смерть, не давши покойному изъявить свою последнюю волю, экономическая наука требуетъ, чтобы получала значеніе предполагаемая воля покойнаго, опредѣляемая согласно господствующимъ

воззрѣніямъ времени и принципамъ нравственности. Долго, въ теченіи столѣтій, римское право пыталось разрѣшить эту задачу и въ сущности рѣшило ее. Но юстиніановское право наслѣдованія, особенно право непремѣнной наслѣдственной доли, полно мусоромъ прошедшихъ временъ, и нельзя не высказать глубокаго сожалѣнія, что нѣмецкая простота пересадила въ Германію всю эту массу историческихъ обломковъ, сберегла ихъ тщательно, будто перлы какіе, и этимъ превратила наше дѣйствующее право наслѣдованія въ помойную яму. Съ практической стороны [52]) римское право непремѣнной наслѣдственной доли во многихъ отношеніяхъ стоитъ въ противорѣчіи съ убѣжденіемъ нѣмецкаго народа. Каждый начинающій юристъ, принужденный изучать его, чувствуетъ тошноту и приходитъ въ негодованіе отъ того, что нѣмецкіе педанты позволяютъ себѣ утверждать, будто вся эта чепуха перешла въ сознаніе нѣмецкаго народа.

Кто пріобрѣтаетъ наслѣдство, къ которому онъ призванъ — а это пріобрѣтеніе совершается обыкновенно чрезъ изъявленіе воли — тотъ имѣетъ право иска противъ постороннихъ о выдачѣ наслѣдства — hereditatis petitio [53]). Чрезъ это расширяется понятіе имущества. Гарантированная государствомъ возможность пріобрѣсти совокупность цѣнностей въ формѣ наслѣдства — эта возможность также получаетъ въ оборотѣ цѣну, и рядомъ съ venditio rei является venditio hereditа-

[52]) Сравн. Пухта Pand. § 485.
[53]) Пухта Pand. § 515.

tis [54]). Такимъ образомъ hereditas становится идеальнымъ имуществомъ и по этому причисляется римскими юристами къ bona civilia [55]).

II. Изъ соціальныхъ учрежденій, имѣющихъ цѣлью содѣйствовать ввѣренію цѣнностей въ римскомъ гражданскомъ правѣ можно указать здѣсь на слѣдующія: судебная сила кредитныхъ сдѣлокъ [56]), дозволеніе и судебная сила поручительства [57]), отвѣтственность должника за culpa и mora [58]), средства доказыванія существованія обязательства (письменный актъ, arrha [59]), законныя опредѣленія о дѣлежѣ имущества несостоятельнаго должника при concursus creditorum [60]), отвѣтственность наслѣдника за долги умершаго [61]), юридическая личность hereditas jacens [62]), cura hereditatis jacentis [63]), beneficium separationis для кредиторовъ умершаго [64]). Кредиторъ подвергается слѣдующимъ видамъ риска. Можетъ случиться, что должникъ не хочетъ возвратитъ ввѣренную ему цѣнность; что онъ не можетъ этого сдѣлать; что онъ возвращаетъ ее не въ

[54]) Пухта, Pand. § 521.

[55]) Выпускъ I. Стр. 15. Бринцъ, Lehrbuch der Pandecten, Стр. 653 слѣд.

[56]) Выпускъ II Стр. 32. Выпускъ III. Стр. 67 слѣд.

[57]) Пухта Pand. §. 404.

[58]) Выпускъ IV. Стр. 35 слѣд. и стр. 61 слѣд.

[59]) Пухта Pand. § 251. 254.

[60]) Пухта Pand. § 247 слѣд.

[61]) Пухта Pand. § 88.

[62]) Пухта Pand. § 447.

[63]) Пухта Pand. § 230, Nota K.

[64]) Пухта Pand. §. 509.

настоящее время; что по своей волѣ онъ портитъ или уничтожаетъ эту цѣнность; что должникъ отрицаетъ существованіе долга что у должника много кредиторовъ и его имущества не хватаетъ для удовлетворенія всѣхъ; что онъ умираетъ; что по смерти его долго не будетъ извѣстна личность наслѣдника; что во время безхозяйности наслѣдства, оно можетъ быть расхищено; наконецъ, что наслѣдникъ самъ несостоятельный должникъ, и потому кредиторъ потерпитъ убытки отъ конкуренціи кредиторовъ самаго наслѣдника. Указанныя выше учрежденія имѣютъ цѣлью устранить эти сомнѣнія кредитора.

Мы разсмотримъ подробнѣе только нѣкоторыя изъ этихъ учрежденій, такъ какъ здѣсь имѣется въ виду не то, чтобы вполнѣ исчерпать эти предметы права, а только на нѣсколькихъ примѣрахъ показать, какъ важна экономическая наука для пониманія этихъ учрежденій.

1. *Судебная сила обязательства.*

Нѣтъ надобности доказывать, что судебная сила кредитныхъ сдѣлокъ есть существенное условіе кредита. Что римляне понимали actio со стороны этого свойства, видно изъ того, что устраненіе actio или уничтоженіе и ограниченіе его силы примѣнялось какъ средство въ тѣхъ случаяхъ, когда нужно было задержать образованіе извѣстныхъ кредитныхъ сдѣлокъ. Такъ:

а) объявлены не имѣющими судебной силы, слѣдовательно безусловно ничтожными, всѣ кре-

дитныя сдѣлки жены въ тѣхъ случаяхъ, когда въ этихъ сдѣлкахъ заключалось поручительство жены за мужа [65]). Сюда же причисляется и тотъ случай, когда жена самостоятельно заключаетъ договоръ (получаетъ кредитъ), чтобы отклонить отъ своего мужа такое обязательство, въ которое иначе онъ непремѣнно вступилъ бы [66]). Далѣе, ручательства женщинъ вообще объявлены ничтожными, если они не облечены въ составленный оффиціально и подписанный тремя свидѣтелями актъ [67]).

b) Составленныя въ надлежащей формѣ ручательства женщинъ все таки недѣйствительны въ силу S. C. Vellejanum [68]), исключая только особенныхъ, прямо поименованныхъ случаевъ. Изъ указанныхъ здѣсь исключеній, мы видимъ настоящее содержаніе и ratio этого S. C. Онъ не имѣетъ силы:

α) Когда кредиторъ не зналъ о ручательствѣ женщины, и думалъ, что она заключала договоръ сама по себѣ, въ видахъ собственнаго интереса. Отсюда открывается смыслъ S. C.: „никто не долженъ вѣрить женщинѣ, когда сдѣлка—поручительство женщины, и убытокъ, постигающій здѣсь кредитора, долженъ быть для него наказаніемъ. Это наказаніе не должно имѣть

---

65) Nov. 134. c. 8· Отсюда auth.: Si qua mulier. C. (4. 29.)

66) L. 8. § 14. D. (16. 1.)

67) L. 23. § 2. C. (4. 29.)

68) Dig. 16. 1. Cod. 4. 29.: ad Senatusconsultum Vellejanum.

мѣста, когда кредиторъ не зналъ о противузаконной цѣли сдѣлки [69]).

β) Когда поручительницѣ заплачено за ручательство [70]). Отсюда видно, что цѣль S. C. такова: устранить имущественный вредъ для женщинъ, происходящій отъ поручительства. Слѣдовательно, S. C. не имѣетъ силы, когда женщина не терпитъ убытковъ отъ ручательства.

γ) Когда при поручительствѣ женщина ~~надула~~ обманула кредитора [71]), и

δ) Когда по прошествіи двухъ лѣтъ, женщина снова возобновила свое ручательство [72]). Отсюда видно, что S. C. исходитъ изъ того практическаго правила, что женщины при поручительствѣ вообще поступаютъ легкомысленно, безъ оглядки. Но актъ перестаетъ считаться легкомысленнымъ, когда женщина въ теченіи долгаго времени остается при своемъ намѣреніи. Римское право назначаетъ здѣсь двухгодичный срокъ. Точно также не имѣетъ мѣста предположеніе легкомыслія, когда женщина своимъ ручательствомъ хочетъ надуть кредитора:

---

[69]) L. 12 D. ad. S. C. Vellejanum (16. 1.): Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere. Павлъ приводитъ еще основаніе: иначе женщинамъ никто не сталъ бы вѣрить вообще: alioquin nemo cum feminis contrahet.

[70]) L. 23. pr. § 1. C. ad. S. C. Vellej. (4. 29.) Въ такомъ случаѣ и форма ручательства безразлична.

[71]) Deceptis, non decipientibus opitulatur. L. 2. § 3. D. ad J. C. Vellej. (16. 1.)

[72]) L. 22. C. eod. Nov. 62. c. 1. § 1. in f.

infirmitas enim feminarum, non calliditas auxiliam demeruit [73]).

По римскому праву соображеніе интересовъ малолѣтнихъ стоитъ прежде соображеній интересовъ женщинъ. Такимъ образомъ если сталкиваются интересы тѣхъ и другихъ, то женщина отступаетъ предъ minor; относительно малолѣтняго кредитора она не можетъ сослаться на S. C. и должна въ такомъ случаѣ заплатить, по крайней мѣрѣ тогда, когда несостоятельность должника очевидна [74]). Далѣе, соображеніе легкомыслія женщинъ теряетъ силу предъ правиломъ: Ne indotata sit mulier. Слѣдовательно S. C. не имѣетъ силы, когда ручательство дано за назначеніе приданаго [75]). Тутъ, значитъ, римляне изъ двухъ золъ выбираютъ меньшее. Они считаютъ большимъ зломъ безприданность женщины, чѣмъ тотъ вредъ, какой женщина можетъ потерпѣтъ отъ поручительства.

Дозволеніе отказываться отъ льготъ, предоставляемыхъ S. C. сдѣлало бы его чистой иллюзіей и противорѣчило бы цѣли S. C., которая состоитъ въ наказаніи кредитора. А что S. C. предоставляетъ и выгоды женщинамъ, это уже прямое послѣдствіе его непосредственной цѣли. Было бы также противорѣчіемъ — съ одной стороны — безъ новаго заявленія со стороны женщины по истеченіи двухъ лѣтъ предполагать, что женщина приняла

---

[73]) cit l. 2. § 3.

[74]) L. 12. D. d. minor. (4. 4.)

[75]) L. 12. 25. C. ad. S. C. Vellej. (4. 24.) Сравн. Выпускъ IV. стр. 11. прим. 23.

на себя поручительство съ надлежащей осмотрительностью (cit. l. 22. C.), и съ другой стороны дозволить, чтобы при самомъ поручительствѣ можно было отказываться отъ дѣйствія S. C.

Что для женщинъ S. C. Vellejanum, то же самое для filii familias S. C. Macedonianum [76]). Искъ по займу противъ filius familias недѣйствителенъ. Смыслъ и ratio S. C. очевидны изъ сдѣланныхъ въ законѣ изъятій, въ которыхъ заемный искъ имѣетъ полную силу. Эти изъятія слѣдующія:

a) Когда заемъ сдѣланъ для удовлетворенія какой нибудь дѣйствительной потребности [77]). Отсюда видно, что S. C. хочетъ только воспрепятствовать сыновьямъ занимать деньги для мотовства.

b. Когда кредиторъ не зналъ, что занимающій деньги—filius familias и ошибка его извинительна [78]).

Изъ этого видно, что S. C. имѣетъ въ виду наказать кредитора. Вотъ почему filius familias, какъ таковой [79]), не можетъ отказаться отъ S. C., даромъ что онъ для него выгоденъ; но это не цѣль S. C., а только прямое послѣдствіе непосредственной цѣли.

c) Когда заемъ сдѣланъ съ вѣдома и согласія отца (все равно—дано это согласіе прежде или послѣ займа) [80]). Отсюда видно, что S. C. изданъ

---

[76]) Dig. 14, 6. Cod. 4· 281 ad Senatusconsultum Macedonianum.

[77]) L. 47. § 1. D. d. solut. (46. 3) L. 7. § 14 ad. SCt. Macedonianum (14. 6.)

[78]) L. 3. pr. § 1. eod.

[79]) L. 2. C. eod.

[80]) L. 7. §. 15. D. eod.

въ интересахъ отцовъ. Изъ исторіи мы прямо знаемъ, что цѣль изданія этого S. C. было устраненіе раздражительныхъ и даже преступныхъ столкновеній между отцомъ и сыномъ [81]).

Въ S. C. прямо выражено, что дѣйствіе его простирается только на денежные займы сыновей [82]). Правда всякая покупка на кредитъ есть заемъ [83]), но для кредитныхъ покупокъ сына S. C. не имѣетъ силы —для этого требуется, чтобы переданная сыну цѣнность имѣла форму денегъ. Для другихъ сдѣлокъ на кредитъ S. C. получаетъ силу только въ томъ случаѣ, когда сдѣлка имѣетъ цѣлью обойти S. C. Si trans senatusconsulto sit agitata [84]).

Судебная сила обязательства не вполнѣ обезпечиваетъ кредитора противъ злоумышленности должника, такъ какъ послѣдній злостными растратами своего имущества может устранить дѣйствіе actio. Противъ подобныхъ растратъ, если онѣ состоятъ въ дѣйствительномъ уничтоженіи цѣнностей, гражданское право ничего не можетъ сдѣлать [85]), но можетъ предупредить тѣ растраты, путемъ которыхъ

---

[81]) L. 1. pr. 3. § 3. D. eod.

[82]) Cit. l. 3. § 3.—is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alios contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est.

[83]) Выпускъ III. Стр. 45.

[84]) cit. l. 3. § 3.

[85]) Какъ предупредительныя мѣры противъ злостнаго или неосторожнаго банкротства, уголовное право предлагаетъ наказанія за такія растраты должника.

цѣнность только переходитъ изъ имущества должника въ массу имущества другаго [86]). Дареніе и есть такая растрата. Опасеніе кредитора, что должникъ, раздаривши свои цѣнности, можетъ отклонить направленную противъ него actio, — это опасеніе устраняется въ римскомъ правѣ особеннымъ институтомъ, actio Pauliana [87]). Если должникъ умышленно раздарилъ цѣнности ко вреду кредитора, и вслѣдствіе этого при конкурсѣ кредиторъ не можетъ получить надлежащаго удовлетворенія, то онъ можетъ начать искъ противъ одареннаго о выдачѣ подареннаго предмета со всѣми его принадлежностями, насколько это нужно для его удовлетворенія. Зналъ или не зналъ о такомъ умыслѣ должника одаренный, это все равно для actio Pauliana [88]); съ другой стороны одаренный не отвѣчаетъ за то, что потребилъ изъ подаренной цѣнности bona fide. Онъ отвѣчаетъ, значитъ, in quantum locupletior factus est [89]). Возмездные договоры,

---

[86]) О различіи «общественно-экономическаго и частно-экономическаго потребленія» смотр. Выпускъ II. Стр. 46.

[87]) Происхожденіемъ своимъ она обязана претору L. 1. pr. l. 10. D. Quae in fraud. creditorum facta sunt, ut restituantur. (42. 8.)

[88]) L. 11. eod.: — si cui donatum est, non est quaerendum, an sciente eo, cui donatum gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores. По мнѣнію Ульпіана, нѣтъ никакой несправедливости въ томъ, что одаренный долженъ отвѣчать, хотя бы онъ принялъ даръ и in bona fide, — отъ actio Pauliana для него нѣтъ собственно положительнаго убытка — nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum affligatur. L. 6. § 11. eod.

[89]) Cit. l. 6. § 11. in f.: — in hos tamen, qui ignorantes ab

если только ими не прикрывается дареніе, не затрогиваютъ интереса кредитора; вѣдь здѣсь нѣтъ вообще растраты, потому что отданная цѣнность вознаграждается, хотя и въ другой формѣ. И потому нѣтъ основанія подвергать отвѣтственности контрагентовъ въ томъ случаѣ, если должникъ сдѣлалъ обманъ съ намѣреніемъ превратить данную цѣнность въ такую форму, которая удобнѣе для потребленія или отчужденія, напр. въ форму денегъ. Но actio Pauliana римское право предоставляетъ и противъ контрагента въ томъ случаѣ, если послѣдній причастенъ умыслу должника, т. е. если онъ зналъ, что должникъ заключаетъ съ нимъ возмездную сдѣлку единственно съ цѣлью повредить своимъ кредиторамъ. Такимъ образомъ это знаніе объ умыслѣ— существенное основаніе иска, имѣющаго цѣлью— добиться уничтоженія возмездной сдѣлки. Отвѣтственность контрагента предъ понесшими убытокъ кредиторами есть наказаніе за его dolus, а потому купившій долженъ возвратить res empta, не имѣя права требовать возвращенія заплаченнаго pretium; только въ томъ случаѣ, когда деньги находятся еще въ имуществѣ должника (продавца), они возвращаются контрагенту,—такъ какъ все дѣло здѣсь въ томъ, чтобы оградить кредиторовъ отъ убытковъ [90]. Купившій ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ

---

eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda; quatenus locupletiores facti sunt ultra non.

[90]) L. 8 cod.: — Si numi soluti in bonis (debitoris) exstent, jubeat (arbiter) eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

exceptio противъ actio Pauliana [91]). Растрата цѣнностей можетъ быть юридическимъ послѣдствіемъ даннаго дѣйствія. Таково принятіе наслѣдства, не стоющаго лежащихъ на немъ долговъ, —тутъ наживаются новые долги, и не пріобрѣтается соотвѣтствующая имъ цѣнность. Сама собой принимается здѣсь actio Pauliana, когда должникъ in fraudem creditorum принимаетъ неоплатное наслѣдство и тѣмъ дѣйствительно наноситъ ущербъ своимъ кредиторамъ. Можно было бы ожидать, что въ такомъ случаѣ римляне должны предоставить кредиторамъ самого наслѣдника право требовать выдѣленія наслѣдства изъ имущества ихъ должника съ тѣмъ, чтобы имущество это не пошло на удовлетвореніе и кредиторовъ умершаго. Но такая аналогія не принята, хотя и нѣтъ сомнѣнія, что нѣкоторые юристы были въ пользу ея необходимости. Quaesitum est, говоритъ Ульпіанъ, an interdum etiam heredis creditores possunt separationen impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum; enim imputant, qui cum tali contraxerunt nisi si extra ordinem putamus, Praetorem adversus calliditatem ejus subvenire qui talem fraudem commentus est, quod non facile admissum est [92]). Нечего и говорить уже, что Римляне еще меньше допускали примѣненіе началъ actio Pauliana для тѣхъ случаевъ, когда должникъ умышленно уклоняется отъ пріобрѣтенія. Quod autem говоритъ Ульпіанъ,

[91]) L. 7. cod.:—quaesitum est, an (creditores) pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur.

[92]) L. 1. § 5. d. separat. (42. b.)

quum possit aliquid quaerere, non id agit ut quaerat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuntes, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur [93]).

2. Конкурсъ.

Несостоятельный должникъ, собственно говоря, воленъ платить тому или другому кредитору и такимъ образомъ можетъ предпочесть любаго изъ кредиторовъ всѣмъ прочимъ. Между тѣмъ кредиторъ можетъ не только опасаться того, что, въ случаѣ несостоятельности должника, требованіе его можетъ быть не удовлетворено сполна, но по волѣ должника онъ можетъ остаться ни съ чѣмъ. Противъ такой опасности для кредитора гарантія въ томъ, что для него есть юридическая возможность отнять у несостоятельнаго должника распоряженіе своимъ имуществомъ, чтобы имущество это судъ раздѣлилъ между всѣми кредиторамъ по извѣстному порядку. Такое юридическое положеніе должника называется concursus creditorum, и законно опредѣленный ходъ дѣла отъ открытія конкурса до раздѣленія конкурсной массы называется конкурснымъ процессомъ. Разсмотрѣніе гарантій, какія предоставляетъ этотъ процессъ кредиторамъ, не входитъ въ объемъ нашего изслѣдованія. Но мы предложимъ вопросъ,—какимъ образомъ въ интересахъ кредита можно законно опредѣлить преимущество претензій?

Если мы остановимъ вниманіе на однихъ только

---

[93]) L. 6. pr. D. Quae in fraud. cred. (42. 8.)

долговыхъ отношеніяхъ банкрота, то изъ принципа римлянъ, раскрытаго прежде, въ силу котораго предметъ долга матеріально не принадлежитъ уже къ имуществу должника, — изъ этого принципа слѣдуетъ, что кредиторы должны быть поставлены одинъ за другимъ по старшинству ихъ претензій, и тѣ, которыхъ претензіи одновременны по началу, должны быть поставлены рядомъ. Но здѣсь римляне не слѣдовали своему принципу. Въ самомъ дѣлѣ, примѣненіе такого принципа повело бы за собой упадокъ кредита; вѣдь никто не сталъ бы открывать кредитъ, опасаясь, что должникъ быть можетъ имѣетъ уже многихъ кредиторовъ, и позднѣйшія претензіи могутъ быть ложно показаны заднимъ числомъ. Такимъ образомъ ни къ чему не повелъ бы и конкурсный процессъ. Римляне необходимо должны были допустить непослѣдовательность, т. е. чтобы конкурсная масса дѣлилась pro rata, безъ соображенія старшинства претензій. На этомъ основаніи они были противъ всякихъ privilegia exigendi, исключая только тѣ случаи, когда претензія направлялась на ввѣренные предметы и цѣнности, которыя по самому намѣренію контрагентовъ должны были оставаться внѣ состава имущества должника, но по какой нибудь юридической послѣдовательности формально стали составными частями имущества должника; далѣе, когда цѣль претензіи гораздо выше, чѣмъ поддержаніе кредита, куда относятся и претензіи чисто нравственнаго свойства. По первому основанію привиллегированными претензіями являются:

Depositum regulare и irregulare [94]); по второму основанію: 1) претензіи казны изъ за государственныхъ повинностей; 2) издержки по поводу последней болѣзни должника; 3) издержки на похороны; 4) плата прислугѣ (изъ участія къ бѣднымъ людямъ); 5) претензіи состоящихъ подъ опекою противъ ихъ опекуновъ, возникая изъ отношеній опеки. Римское право и нѣмецкая практика [95]) допустили привиллегіи; но первое безъ особенной надобности расплодило ихъ порядочное количество, и чрезъ это, обезпечивши кредитъ для отдѣльныхъ случаевъ, [96]) повредило кредиту въ его цѣлости.

Въ другомъ мѣстѣ [97]) мы доказали, что такъ называемый реальный кредитъ не есть кредитъ, что въ гипотечной претензіи заключается обмѣнъ цѣнностей; въ замѣнъ отданной цѣнности залогоприниматель получаетъ другую. Осуществленіе закладнаго права есть только реализація этой цѣнности, которую и до этого уже можно считать какъ бы выдѣленной изъ имущества должника. Поэтому actio hypothecaria имѣетъ характеръ иска о собственности (на цѣнность), и въ случаѣ конкурса надъ должникомъ, залогоприниматель въ извѣстномъ смыслѣ является лицомъ отыскивающимъ свою собственность. Отсюда слѣдуетъ, что самъ по себѣ институтъ гипотеки не подвергаетъ

---

[94]) Выпускъ III. Стр. 39. 40.

[95]) Пухта Pand. § 248.

[96]) Пухта Pand. § 248. Стр. 381.

[97]) Выпускъ III. Стр. 48. 49.

риску кредитора, и слѣдовательно не можетъ вредно дѣйствовать на кредитъ, т. е. на личный кредитъ. Но такое вліяніе возможно при дурномъ гипотечномъ устройствѣ и гипотечномъ правѣ, какъ это было и у Римлянъ. Кредиту можетъ вредить неизвѣстность установленной гипотеки. Никто не станетъ вѣрить другимъ, опасаясь, что быть можетъ уже существуютъ гипотеки, а ручательство въ противномъ — только увѣренія, да честность должника. Это неудобство вполнѣ устраняется только системой публичности и поименнаго [98]) обозначенія закладныхъ правъ на поземельные участки, и уничтоженіемъ закладнаго права на движимыя вещи.

3. Отвѣтственность наслѣдника.

Первоначально обязательственное отношеніе у римлянъ могло быть только личнымъ. Должникъ отвѣчалъ своей личностью, но не своимъ имуществомъ, и со смертію его прекращалось и обязательственное отношеніе. Прямое слѣдствіе отсюда то, что кредитъ вообще былъ тугъ, предоставлялся на короткое время и за высокую страховую премію. Мало по малу образовалось другое воззрѣніе: должникъ отвѣчаетъ своимъ имуществомъ. Является понятіе aes alienum [99]), т. е. представленіе, что цѣнность, которую должны, въ матеріальномъ отношеніи не принадлежитъ къ составу

---

[98]) Такіе порядки введены въ Мекленбургѣ и доведены до извѣстной степени совершенства.

[99]) Выпускъ III. Стр. 51.

имущества. Имущество составляютъ bona, quae deducto aere alieno supersunt [100]). Имущество покойнаго составляютъ, значитъ, только тѣ цѣнности, какія остаются за вычетомъ долговъ. Прямое послѣдствіе такого воззрѣнія — отвѣтственность наслѣдника за долги покойнаго въ той мѣрѣ, на сколько хватаетъ наслѣдства. Только въ этой мѣрѣ гарантируетъ удовлетвореніе кредиторовъ правило: actiones dantur in heredes [101]). Но отвѣтственность и собственнымъ имуществомъ за долги умершаго, отвѣтственность, вытекающую изъ идеи полнаго представительства умершаго, heredes necessarii могутъ устранить посредствомъ beneficium abstinendi, а heredes voluntarii, — посредствомъ beneficium inventarii [102]).

4. Hereditas jacens.

Безсмертность лица, какъ субъекта имущества, есть существенный моментъ для поддержанія кредита. Вотъ почему римляне не допускаютъ никакого промежутка между моментомъ смерти и моментомъ принятія наслѣдства наслѣдникомъ, и фактическую невозможность этого въ дѣйствительности они устраняютъ фикціей, будто наслѣдникъ принимаетъ наслѣдство въ самый моментъ смерти наслѣдодателя [103]). Отсюда уже слѣдуетъ, что всѣ перемѣны, какія только могутъ

---

100) Eod. Note 162.
101) L. 49. D. d. O. et A. (44. 7.)
102) Пухта, Pand. § 500. 508.
103) L. 54. D. d. acq. hered. (29. 2.)

совершиться въ hereditas jacens, разсматриваются какъ бы наступившими въ послѣдній моментъ жизни покойнаго. Такова фикція, которую принимали римляне. Этой фикціей они не продолжали жизни defunctus до принятія наслѣдства, а относили вступленіе въ наслѣдство, а слѣдовательно и все, что совершилось до этого вступленія, къ послѣднему моменту жизни наслѣдодателя [104]). Фикція состоитъ, значитъ, въ предположеніи, будто defunctus пережилъ всѣ перемѣны, коснувшіяся hereditas jacens. Я развилъ это воззрѣніе въ другомъ мѣстѣ [105]).

5. Beneficium separationis.

Каждый кредиторъ можетъ опасаться, что въ случаѣ смерти должника, его наслѣдникъ можетъ оказаться несостоятельнымъ, и пожалуй онъ понесетъ убытки отъ конкуренціи кредиторовъ самого наслѣдника. Но римское право предоставляетъ кредиторамъ умершаго такъ называемое beneficium separationis. Кредиторы могутъ требовать, чтобы масса наслѣдства была отдѣлена

---

[104]) Этому же съ другой стороны соотвѣтствуетъ и другая фикція—что завѣщаніе есть послѣдняя воля покойнаго и потому относится къ послѣднему моменту его жизни. Составленіе завѣщанія, смерть и принятіе наслѣдства,— всѣ эти три момента юридически считаются слѣдующими другъ за другомъ, безъ всякаго перерыва.

[105]) См. мою статью negotiorum gestio, Стр. 29. Note 14. Сравн. Шлеттеръ Annalen, 1856. Bd. II. Выпускъ 2. Критикъ отдаетъ все значеніе Note 14. Но странно, что Кемпенъ въ своей статьѣ: die Erbschaft, на стр. 84 совершенно игнорировалъ эту Note.

отъ имущества самого наслѣдника, и изъ этой массы имъ однимъ было сдѣлано удовлетвореніе. Это постановленіе введено преторскимъ эдиктомъ. Sciendum est, говоритъ Ульпіанъ, separationem solere impetrari decreto Praetoris. Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis, ut puta: debitorem quis Sejum habuit, hic decessit, heres ei exstitit Titius, hic non est solvendo, patitur bonorum venditionem; creditores Seji dicunt bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus s is, vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen, satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille n n est solvendo aut minus consequantur, quia plures sunt; hic est igitur aequissimum, creditores Seji desiderantes separationem audiri, impetrareque a Praetore, ut separatim, quantum cujusque creditoribus praestetur [106]). Но полной гарантіи противъ несостоятельности наслѣдника beneficium separationis не предоставляетъ кредиторамъ умершаго. Прежде всего такая неполнота гарантіи въ слѣдующемъ положеніи: Quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent [107]). Наслѣдникъ въ правѣ распоряжаться наслѣдствомъ до тѣхъ поръ, пока кредиторы не потребуютъ separatio, лишь бы онъ не дѣйствовалъ in fraudem creditorum defuncti. Ab herede vendita

[106]) L. 1. pr. § 1. D. d. separationibus. (42. 6.)
[107]) Eod. L. 2.

hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio[108]). Затѣмъ право требовать separatio ограничивается пятилѣтней давностью[109]). Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium, post aditionem numerandum separatio non postuletur[110]).

Что beneficium separationis служитъ къ поддержкѣ кредита, въ этомъ не можетъ быть и сомнѣнія, хотя съ другой стороны мотивомъ къ его введенію была справедливость.

---

[108]) Cit. l. 2.

[109]) L. 1. 5. 13. eod.

[110]) Видно, что давностный срокъ былъ первоначально неопредѣленный и зависѣлъ отъ усмотрѣнія суда.

II

Цѣнность. Общія цѣнности. Communio и его прекращеніе.

Прежде мы имѣли случай говорить, что всякое имущество можно представлять какъ абстрактную цѣнность, и что въ этой именно цѣнности, а не въ ея видѣ и формѣ, заключается сущность имуществъ. Мы выставили также на видъ, что и римляне пришли къ такому воззрѣнію [111]).

Изъ этого далѣе слѣдуетъ вотъ что. Абстрактная цѣнность, выраженная извѣстной суммой денегъ, всегда дѣлима. Слѣдовательно, возможенъ такой случай, что нѣсколько абстрактныхъ цѣнностей принадлежатъ къ имуществу нѣсколькихъ лицъ, тогда какъ самый объектъ, представляющій сумму этихъ цѣнностей, можетъ быть нераздѣленъ или даже и вовсе не допускаетъ дѣленія.

Когда такой объектъ погибаетъ, слѣдовательно

---

[111]) Выпускъ 1. Стр. 17.

становится безцѣннымъ, то потеря необходимо касается всѣхъ участниковъ. Напротивъ, если только измѣняется цѣнность, т. е. падаетъ или возвышается мѣновая цѣнность такого объекта, то можетъ наступить двоякое послѣдствіе, опредѣленное договоромъ или закономъ. Слѣдствіемъ такого измѣненія можетъ быть то, что не всѣ соучастники теряютъ или выигрываютъ; но съ другой стороны, всѣ соучастники могутъ потерпѣть убытокъ или получить выгоду. Въ послѣднемъ случаѣ, объектъ, въ которомъ концентрируются многія цѣнности, называется общимъ, а самое отношеніе соучастниковъ другъ къ другу называется товариществомъ (communio).

Поэтому нужно различать общность имущества въ обширномъ смыслѣ и товарищество въ болѣе тѣсномъ смыслѣ. Общій признакъ, связывающій оба эти понятія, состоитъ въ томъ, что при гибели объекта потеря падаетъ на всѣхъ участниковъ. Признакъ же, отличающій обязанность отъ товарищества, состоитъ въ томъ, что только при товариществѣ измѣненіе цѣнности бываетъ убыточно или выгодно для всѣхъ участниковъ.

Такимъ образомъ къ понятію товарищества относится:

1) Соединеніе въ одномъ и томъ же объектѣ многихъ цѣнностей, принадлежащихъ разнымъ лицамъ. Отсюда слѣдуетъ, что если на данную вещь А принадлежитъ собственность, а В — принадлежитъ собственность на производительныя качества этой вещи, то чрезъ это между А и В не устанавливается товарищество, потому что, какъ мы

видѣли прежде [112]), вещь и ея производительныя качества—это различные объекты. Поэтому владѣлецъ эмфитевтическій, владѣлецъ суперфиціарный, имѣющій сервитутъ, не состоятъ въ товариществѣ съ собственникомъ вещи. Поэтому возможна общность или только относительно самой вещи, или же только оносительно ея производительныхъ качествъ. Но А и В могутъ имѣть съобща вещь, С и Д могутъ съобща имѣть производительныя качества той же вещи. Если смотрѣть на вещь и ея производительныя качества, какъ на абстрактныя цѣнности [113]), то можно сказать: чрезъ то, что А имѣетъ мѣновую цѣнность, а В цѣнность употребленія той же вещи, между А и В не устанавливается никакого товарищества; но А и В могутъ съобща имѣть мѣновую цѣнность, С и Д могутъ съобща имѣть цѣнность употребленія той же вещи.

Къ понятію товарищества относится далѣе:

2) Если измѣняется мѣновая цѣнность общаго объекта, то соотвѣтствующая этому потеря или выигрышъ пропорціонально касается всѣхъ участниковъ. Поэтому установленіе гипотеки не завязываетъ товарищества между залого-принимателемъ и собственникомъ заложеннаго объекта. Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь, не смотря на то, что цѣнности кредитора и должника соединяются въ одномъ объектѣ, но если падаетъ или поднимается мѣновая цѣнность этого объекта, то залого-при-

[112]) Выпускъ II, стр. 5.
[113]) Сравн. Выпускъ II. стр. 8.

ниматель ничего не теряетъ и не выигрываетъ. По той же причинѣ не состоятъ между собой въ товариществѣ prior и posterior creditor.

3) Нѣсколько цѣнностей, принадлежащихъ разнымъ лицамъ, должны соединяться въ одномъ и томъ же объектѣ. Такимъ образомъ, въ случаѣ открытія конкурса между кредиторами не происходитъ никакого товарищества относительно конкурсной массы. Въ самомъ дѣлѣ, по римскому праву, конкурсный должникъ не перестаетъ быть субъектомъ имущества и теряетъ только распоряженіе; само государство продаетъ массу и дѣлитъ выручку между кредиторами въ законно опредѣленномъ порядкѣ.

Римскіе юристы не занимались анализомъ понятія товарищества; они просто предполагали извѣстнымъ понятіе: res inter aliquos communis. Отсюда послѣдствіе, невыгодное съ двухъ сторонъ. Вопервыхъ, римскіе юристы не могли провести между communio и подобными ему отношеніями такой рѣзкой границы, какъ это сейчасъ сдѣлали мы. Вовторыхъ, они не могли распознать логическую связь между communio и его основаніями, такъ какъ они и не догадывались, что существуетъ высшее понятіе „общности цѣнностей", которымъ подводятся подъ одну точку communio и его аналогіи.

Почти нѣтъ надобности и говорить, что товарищество вовсе не условливается одной общностью цѣли, для которой затрачивается имущество многихъ лицъ (быть можетъ соединенное для этого фактически). Если такимъ образомъ по за-

кону, договору и т. п. имущество обоихъ супруговъ назначено для уплаты ихъ общихъ долговъ, то отъ этого еще не образуется между супругами товарищество, т. е. можно вполнѣ достигнуть общей цѣли и безъ того, чтобы вещи супруговъ становились res communes. Точно также существованіе промышленнаго общества [114]) не установляетъ между socii товарищества относительно тѣхъ частей капитала (поземельныхъ участковъ, строеній, запасовъ), которыя внесены участниками общества; общая цѣль (производство) вполнѣ можетъ быть достигнута и безъ того, чтобы эти предметы капитала стали res communes между участниками. Съ другой стороны communio относительно предметовъ капитала возможно и въ промышленномъ обществѣ, только для этого нужны особые привходящіе моменты, лежащіе внѣ сущности промышленнаго общества, и всегда ведущіе за собой communio.

Никогда право не можетъ установить communio тамъ, гдѣ по самому смыслу, т. е. по экономическимъ условіямъ, оно невозможно; но бываютъ случаи, когда право игнорируетъ экономически-существующее communio. Въ такихъ случаяхъ товарищество или уничтожается въ самый моментъ своего возникновенія, и по опредѣленію закона дѣлежъ совершается такъ, что соединенныя цѣнности участниковъ снова раздѣляются realiter. Или же для одного или нѣсколькихъ участниковъ наступаетъ дѣйствительная экспропріація, и на

[114]) Сравн. Выпускъ I. стр. 21 слѣд.

мѣсто утерянной цѣнности является право на вознагражденіе; развѣ уже по особеннымъ основаніямъ устраняется и это право на вознагражденіе. Къ этому вопросу мы возвратимся еще послѣ.

Такъ какъ цѣнность rei communis подлежитъ измѣненіямъ, то чтобъ опредѣлить точно и неизмѣнно часть каждаго участка, часть эта выражается въ доляхъ объекта, принимаемаго за одно цѣлое (=1). Такъ говорятъ, напр., часть товарища $^1|_2$, $^1|_3$, $^1|_4$ и т. д. и этимъ устраняются недоразумѣнія въ томъ случаѣ, когда res communis возвышается или падаетъ въ цѣнѣ. Опредѣленныя такимъ образомъ части—нѣчто идеальное (мысленное), и потому о такихъ участникахъ римскіе юристы говорятъ: partes intellectu habent[115]).

Такъ какъ при всякомъ товариществѣ общій объектъ представляетъ собой сумму цѣнностей, то по этому предметомъ товарищества могутъ быть только вещи, имѣющія цѣну. Далѣе, такъ какъ всѣ составныя части имущества суть цѣнности, то изъ этого слѣдуетъ, что предметомъ товарищества можетъ быть все, что можетъ входить въ составъ имущества, значитъ все, что понимаютъ римляне подъ bona naturalia и bona civilia. Такимъ образомъ въ составъ товарищескаго объекта могутъ входить сельскіе сервитуты, потому что они могутъ быть передаваемы вмѣстѣ съ praedium dominans и

[115]) L. 5. D. stip. serv. (45. 3.) Сравн. L. 66 D. delegat. (II): —plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione obtinent.

вмѣстѣ съ тѣмъ могутъ имѣть цѣну; точно также въ составъ товарищескаго объекта можетъ входить и usus fructus, потому что и онъ, хотя самъ по себѣ не можетъ быть переданъ, служитъ источникомъ цѣнностей. Но usus, по самому понятію, исключается изъ объектовъ товарищества. Но римскіе юристы допускаютъ и communis usus. Такую аналогію, противорѣчащую понятію и usus и communis, они оправдываютъ необходимостью, говоря: propter necessitatem fit [116]). Тутъ они, кажется, имѣли въ виду тотъ случай, когда usus отказанъ двумъ лицамъ по легату, и вотъ, чтобы спасти силу предсмертнаго распоряженія, они допустили непослѣдовательность, которая иначе была бы безсмысленной и потому безсильной.

Само собой понятно, что предметомъ товарищества можетъ быть и все имущество нѣсколькихъ лицъ. Такое товарищество римляне называютъ communio omnium или universorum bonorum [117]).

---

[116]) L. 10. § 1. D. Communi div. (10. 3.): Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo judicio videamus. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, et si judex alteri usum adjudicaverit non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.

[117]) Не лишне замѣтить, что при communio omnium bonorum предметомъ communio является имущество не какъ цѣлое, не какъ совокупность цѣнностей, но каждая матеріальная и нематеріальная часть имущества считается предметомъ communio, такъ что выраженіе communio omnium bonorum слѣдуетъ принимать какъ собирательное обозначеніе, которымъ заразъ выражается множество com-

Исторія товарищества есть отчасти исторія его предмета, а послѣдняя необходимо идетъ въ параллель съ постепеннымъ развитіемъ понятія имущества. Нѣтъ сомнѣнія, что древнѣйшими предметами товарищества были объекты собственности, вещи, и между ними поземельные участки (съ сельскими сервитутами или безъ нихъ). Только съ расширеніемъ понятія имущества мало по малу расширяется и кругъ предметовъ товарищества.

Товарищество можетъ возникнуть троякимъ образомъ:

1) Нѣсколько цѣнностей, входящихъ въ составъ имущества различныхъ лицъ, соединяются въ одномъ и томъ же объектѣ.

2) Нѣсколько лицъ, вслѣдствіе одного и того же факта, пріобрѣтаютъ цѣнности, которыя до этого соединены были въ одномъ и томъ же объектѣ.

3) Кто нибудь принадлежащую ему исключительно цѣнность превращаетъ въ цѣнность общую и для другихъ лицъ.

Товарищество можетъ выходить изъ намѣренія

---

muniones. А это имѣетъ важное практическое послѣдствіе, на которое мы здѣсь же и укажемъ: именно actio communi dividundo должна быть вчинаема столько разъ, сколько останется нераздѣленныхъ предметовъ. Иначе бываетъ при конкуренціи нѣсколькихъ наслѣдниковъ относительно имущества умершаго. Здѣсь наслѣдство, hereditas, составляетъ нематеріальное цѣлое, а потому и наслѣдникамъ нѣтъ надобности начинать нѣсколько разъ actio familiae herciscundae относительно остальныхъ нераздѣленныхъ предметовъ. L. 4. § 2. D. communio divid. (10. 3.) Сравн. L. 20 § 4. D. Famil. herc. (10. 2.)

участниковъ, слѣдовательно можетъ основываться на договорѣ; но можетъ возникнуть и помимо воли участниковъ. Въ послѣднемъ случаѣ римляне говорятъ: incidimus in communionem [118]).

1) Договоръ, по которому возникаетъ товарищество, принадлежитъ къ разряду договоровъ, извѣстныхъ у римлянъ подъ именемъ societas, и бываетъ или societas rei unius или omnium bonorum [119]). Societas, о которой идетъ здѣсь рѣчь, имѣетъ непосредственной и единственной цѣлью Communio, такъ что, какъ скоро извѣстные предметы стали товарищескими, то съ этимъ вмѣстѣ вполнѣ достигнута и цѣль societas. Такое товарищество существенно отличается отъ той формы, которую мы назвали прежде промышленнымъ обществомъ, и не можетъ быть разсматриваемо съ той же точки зрѣнія, какъ и промышленное общество [120]).

Тотъ, кто свою собственную вещь превращаетъ въ res communis, чрезъ это затрачиваетъ и передаетъ цѣнность; и потому онъ не станетъ этого дѣлать даромъ, т. е. не расчитывая получить цѣнность, соотвѣтствующую его затратѣ. Такое вознагражденіе совершается различнымъ образомъ. Напр. socius A превращаетъ свой домъ, стоющій 10, въ res communis, а socius B платитъ ему за это наличными деньгами 5. Но можетъ быть и иначе: B съ своей стороны превращаетъ въ

---

118) L. 31. Dig. Pro Socio. (17. 2.)

119) L. 5. D. cod.

120) А этимъ грѣшать всѣ учбники.

res communis свой участокъ, одинаковой цѣны съ домомъ. Отсюда видно, что если оба socii, каждый съ своей стороны, превращаютъ въ res communes объекты собственности, то въ такомъ случаѣ происходитъ обмѣнъ цѣнностей. При этомъ здѣсь отчасти возможно и дареніе, если представляемые той или другой стороной предметы неравноцѣнны, подобно тому, какъ это бываетъ и тогда, когда вещь продается ниже ея цѣны cum animo donandi. Далѣе, вступленіе въ communio всегда имѣетъ характеръ рискованной сдѣлки, потому что несчастные случаи, постигающіе res communes одинаково невыгодны для всѣхъ участниковъ. Особенно такой характеръ имѣетъ societas universorum bonorum, потому что здѣсь должно становиться общимъ и то имущество, которое можетъ пріобрѣсть socius впослѣдствіи, и въ этомъ случаѣ одинъ socius можетъ много выиграть отъ удачъ и дарованій другаго.

Заключая Communio rerum, socii могутъ имѣть въ виду только одну практическую цѣль устранить одностороннее распоряженіе одного изъ socii [121]).

2) Communio можетъ возникнуть и независимо отъ воли участниковъ по различнымъ основаніямъ.

a) Communio можетъ быть прямымъ послѣдствіемъ естественнаго закона. Предметы, принадлежащіе различнымъ лицамъ, вслѣдствіе естественнаго закона соединяются между собою такъ, что раздѣленіе и возстановленіе въ своихъ фор-

---

[121]) L. 28. D. Comm. div. (10. 3.)—: in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse.

махъ становится невозможнымъ для этихъ предметовъ; напр. случайно сливаются между собой жидкости, принадлежащія разнымъ лицамъ [122]). Но и чрезвычайную затруднительность раздѣленія право должно считать невозможностью, если оно не хочетъ потерять практическое значеніе. Такая невозможность раздѣленія существуетъ для права въ томъ случаѣ, если напр. слившіяся жидкости или сплавившіеся металлы могутъ быть раздѣлены только путемъ химическаго анализа. Но не смотря на то, что нѣкоторые римскіе юристы и держались такого взгляда [123]), римское юстиніановское право приняло противуположный взглядъ, т. е. что въ такихъ случаяхъ не возникаетъ communio [124]).

Нѣтъ ничего удивительнаго, что по тѣмъ же практическимъ соображеніямъ право разсматриваетъ и смѣшеніе предметовъ какъ сліяніе, если смѣшанные предметы не могутъ быть распознаны по своей индивидуальности. Напр. если смѣшиваются между собой хлѣбныя зерна одного вида и ка-

---

[122]) L. 3. § 2. D. d. R. V. (6. 1.):—Pomponius scribit; si quid, quod ejusdem naturae, est ita confusum est atque commixtum, ut diduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum; utputa, meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus vindicabimus.

[123]) — Si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari, L. 5. § 1. D. eod.

[124]) L. 5. § 1. eod.—.... non erit ea nostra communis,.... quia ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet. Callistratus in 1. 12. § 1. d. A. R. D. (41. 1.)

чества [125]). Въ практическомъ отношеніи было бы полезно, если бы также право смотрѣло на тотъ случай, когда смѣшанныя количества хотя и могутъ быть распознаны, но ихъ раздѣленіе невозможно фактически; напр. если количество пшеницы смѣшивается съ количествомъ гороха, или же съ пшеницей различнаго качества. Но римскіе юристы не допускаютъ здѣсъ товарищества, и это тѣмъ удивительнѣе, что истецъ въ такомъ случаѣ долженъ удовлетвориться только цѣной хлѣба, такъ какъ возвращеніе его зеренъ in natura невозможно фактически.

Наравнѣ съ casu: считается и тотъ случай, когда сліяніе или смѣшеніе предпринято однимъ изъ соучастниковъ [126]).

b) Товарищество можетъ возникнуть въ силу прямаго опредѣленія закона. Сюда относится тотъ случай, когда одинъ и тотъ же предметъ отказанъ по завѣщанію нѣсколькимъ лицамъ. Далѣе, когда нѣсколько лицъ ipso jure наслѣдуютъ иму-

---

[125] L. 78. D. d. solut. (46. 3). Сравн. § 28. J. d. rer. divis. (2, 1.): Quodsi frumentum Titii frumento tuo..... casu mixtum fuerit,.... non videtur commune esse. Здѣсь имѣется въ виду тотъ случай, когда смѣшанныя зерна по крайней мѣрѣ различны по качеству, и потому могутъ быть распознаны. Это видно изъ заключительныхъ словъ: ipse aestimet (judex) qaule cujusque frumentum fuerit. Нѣтъ также никакого основанія смотрѣть на смѣшеніе зеренъ иначе, чѣмъ на смѣшеніе денегъ (cit. l. 78).

[126]) Cit. §. 28. J. d. rer. div. (2. 1.):—si casu id mixtum fuerit vel Titius id miscuerit sine tua voluntate. Въ другомъ мѣстѣ мы говорили, какъ разсматривается выдѣлка продукта изъ чужаго матеріала. Выпускъ I. Стр. 29. слѣд.

щество умершаго. Въ самомъ дѣлѣ, что предметъ, принадлежащій къ имуществу умершаго, становится res communis для опредѣленныхъ лицъ—это предполагаетъ юридическая возможность предсмертнаго распоряженія,—и возможность сингулярнаго преемства; что все имущество лица тотчасъ съ его смертью можетъ стать res communis, это предполагаетъ юридическій институтъ heredes necessarii.

c) Товарищество можетъ быть слѣдствіемъ чисто экономическаго воззрѣнія. Напр. A на свой счетъ починяетъ домъ, принадлежащій B, значитъ влагаетъ въ этотъ домъ цѣнность, которую затрачиваетъ изъ своего имущества. Въ экономическомъ отношеніи здѣсь то же товарищество, такъ какъ цѣнность, принадлежавшая A, теперь соединена съ домомъ B.

Въ такихъ случаяхъ обыкновенно представляется вопросъ, держится ли и право этого экономическаго воззрѣнія, отразилось ли такое воззрѣніе въ развитіи права [127])?

d) Товарищество можетъ быть слѣдствіемъ компанейскаго договора. Такъ при промышленномъ обществѣ всѣ добытые продукты—res communes, потому что въ каждомъ продуктѣ соединяются цѣнности разныхъ socii, цѣнность работы одного socius и капиталъ другаго socius.

Исторія товарищества есть отчасти исторія его происхожденія. Нѣтъ сомнѣнія, что communio incidens древнѣе, такъ какъ договорная communio предполагаетъ предпріимчивость. Между товари-

---

[127]) Сравн. ниже.

ществами, возникающими независимо отъ воли участниковъ, самая древнѣйшая форма — общее наслѣдство, и можно сказать не колеблясь, эта форма современна началу исторіи народовъ.

Возможность прекращенія всякаго товарищества вытекаетъ изъ его понятія. Договоръ, устраняющій такую возможность, былъ объявленъ римлянами ничтожнымъ и недѣйствительнымъ. Въ настоящее время бываютъ однако же товарищества, которыя неразрушимы въ силу самаго договора, такъ что отдѣльный socius не имѣетъ права требовать прекращенія. Такое товарищество возникаетъ въ томъ случаѣ, когда капиталисты соединяются въ акціонерное общество, чтобы произвести продуктъ, который за тѣмъ долженъ служить постояннымъ капиталомъ для продолжительнаго промышленнаго предпріятія. Точно также неразрушимо товарищество, предметъ котораго — желѣзная дорога, выстроенная на акціяхъ. Въ этомъ случаѣ не нужно даже прямо выраженнаго условія—договоръ о неразрушимости товарищества подразумѣвается самъ собою [128]).

Прекращеніе товарищества совершается чрезъ раздѣленіе цѣнностей, соединенныхъ въ общемъ объектѣ. Это возможно:

1) Посредствомъ фактическаго раздѣла самого общаго объекта. Понятіе раздѣла ограничивается матеріальными предметами; раздѣлъ идеальныхъ предметовъ немыслимъ. Но можно говорить о дѣлимости идеальныхъ предметовъ, когда эти пред-

---

[128]) Сравн. Тель, Handelsrecht Bd. I. Стр. 47.

меты ничто иное, какъ знаки, представляющіе собой матеріальные предметы. Такъ въ математикѣ извѣстно дѣленіе цифръ и буквъ, въ юриспруденціи—дѣлимость идеальныхъ bona civilia или правъ, такъ какъ они ничто иное, какъ суррогаты матеріальныхъ предметовъ. Такъ существуетъ дѣлимость права вслѣдствіе дѣлимости его объекта, и дѣленіе права состоитъ въ томъ, что дѣлится самый предметъ, и кажому участнику товарищества опредѣляется право на часть или относительно части.

Такимъ образомъ могутъ быть дѣлимы не только res communes, но и общая bonae fidei possessio [129]) данной вещью, общее право залога [130]), общее право требованія [131]) на данную вещь, общее hereditas [132]). Вещь, пріобрѣтенная ex justo titulo и bona fide, подвергается раздѣлу, и каждому участнику опредѣляется часть во владѣніе, такъ что каждому участнику предоставляется actio Publiciana относительно полученной имъ части, и онъ становится in conditionem usucapiendi. Точно также дѣлится и res pignorata; каждому участнику товарищества (кредитору) предоставляется закладное право на извѣстную часть; дѣлится и право требованія,

---

[129]) L. 7. § 2. D. comm. divid. (01. 3.): Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo judicium possunt exercere.

[130]) Si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo judicium dari. cit. l. 7. § 6.

[131]) L. 6. c. fam. hercisc. (3. 36.)

[132]) Tit. Dig. 10. 2. Cod. 3. 36. Familiae herciscundae.

каждому участнику товарищества предоставляется actio на извѣстную часть предмета претензіи; дѣлится hereditas — т. е. дѣлятся вещи, составляющія наслѣдство, и каждому наслѣднику предоставляется право на извѣстную часть каждой наслѣдственной вещи.

Если объектъ общаго права не матеріальнаго свойства, какъ и само право, то дѣленіе права не можетъ имѣть мѣста. Сюда относятся всѣ права, объектъ которыхъ—производительное качество вещи или рабочая сила, будутъ ли они jura in re или права требованія, имѣющія своимъ объектомъ uti frui на вещи или рабочую силу [133]). Римляне правда признаютъ дѣлимость эмфитевтическаго права [134]); но это воззрѣніе не юридическое, а чисто практическое, основанное на томъ, что содержаніе эмфитевтическаго права почти поглощаетъ содержаніе собственности; римляне считаютъ здѣсь объектомъ права не производительныя качества fundi (uti frui), а самый fundus, разсматриваютъ самый fundus какъ res communis. Для устраненія коллизіи правъ пользованія, принадлежащихъ нѣсколькимъ товарищамъ, можно, какъ выражаются римляне, раздѣлить fundus regionibus, т. е. предоставить въ пользованіе каждому участнику опредѣленную часть объекта пользованія. Но право тутъ не дѣлится и товарищество продолжаетъ существовать. Такъ бываетъ при ususfructus на

---

[133]) Коллизіи при осуществленіи правъ пользованія могутъ быть устраняемы посредствомъ divisio loco et tempore.

[134]) Cit. l. 7. pr. Communi dividundo judicium locum etiam habent in vectigali agro.

fundus, когда fundus этотъ дѣлится regionibus между участниками [135]).

Для прекращенія товарищества посредствомъ раздѣла общаго объекта существуютъ нѣкоторыя ограниченія. Такой раздѣлъ можетъ:

a) повести за собой уничтоженіе всей общей цѣнности, напр. раздѣлъ общаго раба или животнаго;

b) можетъ повести за собой значительное уменьшеніе общей цѣнности.

Цѣнность нераздѣленнаго общаго объекта не рѣдко гораздо выше, чѣмъ цѣнности частей того же объекта, взятыя въ цѣлости. Напр. благородный камень гораздо дороже чѣмъ части, на которыя онъ дѣлится. Поземельный участокъ часто гораздо дороже, чѣмъ части этого участка, взятыя вмѣстѣ.

c) Иногда невозможно бываетъ раздѣлить вещь такъ, чтобъ всѣ части ея были равноцѣнны, даромъ что взятыя вмѣстѣ онѣ какъ разъ составятъ цѣну цѣлаго. Такъ бываетъ при раздѣлѣ поземельнаго участка, если участокъ этотъ отличается разнообразной почвой.

d) Раздѣлъ объекта можетъ быть хоть и не то, чтобъ уже невозможнымъ безусловно, но можетъ быть до того затруднительнымъ въ практическомъ отношеніи, что эта затруднительность равняется невозможности. Таковъ былъ бы раздѣлъ извѣстнаго количества общихъ потребляемыхъ вещей. Невозможно фактически раздѣлить какъ разъ по ровну всѣ зерна, составляющія шеффель хлѣба. Въ такихъ случаяхъ невозможно прекращеніе communio

---

[135]) Cit. l. 7. § 10.

посредствомъ раздѣла общаго объекта (вещи, права). Если общимъ объектомъ будутъ зерна, которыя, очевидно, не имѣютъ индивидуальной цѣны, то общимъ объектомъ считается все количество, которое всегда можетъ быть раздѣлено между участниками по количеству, мѣрѣ, вѣсу. Въ другихъ случаяхъ возможенъ раздѣлъ только цѣны, если берется во вниманіе одинаково интэресъ всѣхъ участниковъ. Такимъ образомъ:

2). Общій объектъ можно посредствомъ мѣны превратить въ такой предметъ, который вопервыхъ можетъ быть раздѣленъ удобно, и во вторыхъ имѣетъ ту особенность, что самыя мелкія части его, взятыя вмѣстѣ, постоянно равняются цѣнѣ цѣлаго. Такой предметъ — деньги. Раздѣлъ совершается такимъ образомъ, что общій объектъ (вещь или право) чрезъ продажу превращается въ сумму денегъ, а эта сумма дѣлится между участниками пропорціонально ихъ долямъ. Когда объектъ общаго права — деньги, то нѣтъ надобности въ продажѣ права, достаточно и одной реализаціи права. Общія денежныя обязательства могутъ быть заключены съобща и добытая сумма потомъ дѣлится между участниками. Общіе сельскіе сервитуты, по римскому воззрѣнію, могутъ быть проданы только съ общимъ fundus dominans. Если на одну и ту же вещь ususfructus принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ, то продаются или общіе плоды, или отдаются въ наймы производительныя качества, и наемная плата дѣлится каждый разъ между участниками [136]). Ничто не мѣшаетъ также продать

[136]) Cit. l. 7. § 10:—vel locet usumfructum uni ex illi vel

общее наслѣдство; venditio hereditatis опредѣлена у римлянъ особыми правилами [137]).

Для участника товарищества можетъ оказаться надобность прекратить товарищество, т. е. — превратить свою идеальную долю въ реальную, самостоятельную цѣнность, или потому, что хочетъ помѣстить въ другомъ мѣстѣ свою цѣнность, или же боится, чтобы общій объектъ не упалъ въ цѣнѣ, и при существованіи товарищества онъ можетъ потерпѣть убытки. Если прекращенія товарищества нельзя достигнуть путемъ договора, то практически необходимо законное принужденіе участниковъ къ раздѣлу. Вѣдь безъ этого принужденія никто не вступалъ бы въ товарищество; но съ другой стороны для государства не малый интересъ въ возникновеніи товариществъ. При communio incidens принудительное прекращеніе товарищества необходимо въ интересахъ мира и спокойствія въ государствѣ. Кромѣ того, безъ такого принужденія каждый участникъ товарищества, по своему усмотрѣнію, могъ бы нанести другому имущественный вредъ, не соглашаясь на раздѣлъ, а юридическая защита имущества, вмѣстѣ съ защитой личности, есть первое условіе общественнаго благосостоянія. Вотъ почему каждому участнику товарищества римляне предоставляли право требовать содѣйствія государства для прекращенія существующаго товарище-

---

tertiae personae, ut hr pensiones sine ulla controversia percipiant.

[137]) Dig. 18. 4. C. 4. 39. Пухта Pand. § 521.

ства. Искъ объ этомъ называется: actio communi dividundo, а для общаго наслѣдства: actio familiae herciscundae. Почему первый искъ долженъ быть вчинаемъ нѣсколько разъ, а другой искъ — только разъ — это объяснено выше.

Исторія товарищества есть отчасти исторія его принудительнаго прекращенія. Первоначально у римлянъ существовалъ только искъ о раздѣлѣ общаго наслѣдства. Actio familiae herciscundae уже упоминается въ двѣнадцати таблицахъ, но существовалъ уже прежде, на основаніи обычнаго права. Общій же искъ о раздѣлѣ, actio communi dividundo, введенъ гораздо позже, вѣроятно путемъ преторскаго эдикта. Причина безъ сомнѣнія та, что случаи товарищества долгое время ограничивались только общимъ наслѣдствомъ. Только тогда, когда развилась въ Римѣ промышленность, когда начали возникать промышленныя общества, и вмѣстѣ съ тѣмъ начали возникать по договорамъ общіе объекты — только тогда явилась потребность въ общемъ искѣ о раздѣлѣ, обнимающемъ и другіе случаи, кромѣ общаго наслѣдства. Первоначально эта actio communi dividundo была введена для res corporales, т. е., для объектовъ собственности, безъ сомнѣнія по той причинѣ, что первоначально, кромѣ общей hereditas, они одни были res communes, затѣмъ они стали utilis actio, т. е. начали примѣняться къ случаямъ общей bonae fidei possessio, и затѣмъ къ общимъ правамъ, предметомъ которыхъ была вещь. Наконецъ стало очевиднымъ, что оба иска о раздѣлѣ, actio communi dividundo и familiea

herciscundae могутъ быть связаны одной общей мыслью, а отдѣльныя постановленія объ actio familiae herciscundae стали примѣняться по аналогіи къ actio communi dividundo. Не мѣшаетъ замѣтить, что и здѣсь отъ отдѣльныхъ случаевъ римляне перешли къ общему принципу. Далѣе, actio communi dividundo не поглотило actio familiae herciscundae, но и то и другое удержалось рядомъ. Здѣсь опять высказывается тотъ римскій консерватизмъ, на который мы не разъ указывали прежде.

Вслѣдствіе такого законнаго принужденія къ прекращенію товарищества, идеальныя доли, принадлежащія socii относительно общаго объекта, становятся тоже цѣнными объектами, хотя такой имущественный характеръ ихъ основывается не на одномъ только правѣ socius требовать прекращенія товарищества. Для этого нужно стеченіе многихъ обстоятельствъ. 1) Уже до прекращенія товарищества римляне считали эти идеальныя доли составными частями имущества socii, и защищали отъ нарушеній эти части имущества также, какъ и всякія другія. Идеальныя доли на res communis они считали аналогичными матеріальнымъ объектамъ собственности, и socii относительно другъ друга, какъ относительно третьихъ лицъ, могли вчинать иски о собственности [138]). Отсюда возникло понятіе общей собственности на res corpo-

[138]) L. 28. D. Commun. div. (10. 3.) L. 6. D. d. R. V. (6. 1.) in rem aliquis agat, debet designare rem, utrum totam an partem et quotam petat.

ralis, что римскіе юристы выражали: „totius corporis pro indiviso pro parte domnium habere“; возникло и понятіе общаго владѣнія, что обозначилось словами: „possesio certae partis pro indiviso.“ Слѣдствіемъ такого аналогическаго воззрѣнія было: 2) передаваемость, т. е. способность къ обмѣну этихъ идеальныхъ долей самихъ по себѣ [139]). Но что 3) для этихъ идеальныхъ вещей въ оборотѣ существовала различная цѣнность, это зависѣло отъ ихъ способности къ реализаціи, т. е. отъ исковъ о раздѣлѣ. Общая собственность на res communis, напр. на желѣзную дорогу, принадлежащую акціонерному обществу, не имѣетъ никакой цѣны, потому что для участниковъ акціонернаго общества не допускается искъ о раздѣлѣ относительно наличнаго капитала общества. Такимъ образомъ цѣна, получаемая за акцію, не есть цѣна за слѣдуемую общую собственность, а за тотъ выигрышъ, на какой расчитываетъ покупающій отъ своего участія въ промышленныхъ предпріятіяхъ акціонеровъ.

Такимъ образомъ идеальныя доли въ общемъ объектѣ являются товаромъ, и взятыя вмѣстѣ доли въ извѣстномъ объектѣ могутъ составить генерически опредѣленный товаръ, напримѣръ 128 партій извѣстнаго корабля. Есть предметы, ко-

139) L. 6. L. 68. pr. D. pro socio (17. 2.) Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum soccii sint. L. 3. C. d. comm. rer. alienat (4. 2.) Falso tibi persuasum est, communis praedi portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

торые обыкновенно бываютъ res communes, потому что по самому своему назначенію они легко могутъ повредиться или и погибнуть, напр. корабли. Идеальныя доли въ такихъ предметахъ могутъ составить генерически опредѣленный товаръ, напримѣръ партіи корабля. На идеальныя доли въ такихъ объектахъ существуютъ и мѣновыя цѣны, напримѣръ мѣновая цѣна на партіи корабля.

Такъ какъ идеальныя доли въ общемъ объектѣ—товаръ, то понятно, что socius можетъ выдѣлить свою долю изъ communio, можетъ реализировать идеальную цѣнность, не требуя для этого прекращенія товарищества; онъ можетъ продать свою идеальную долю и передать ее. Товарищество продолжаетъ существовать—socius вмѣсто себя поставилъ другого. Но обыкновенно выходящій socius терпитъ убытокъ, потому что за идеальную цѣнность никто не даетъ столько, какъ за цѣнность реальную. Разность въ цѣнѣ будетъ тѣмъ меньше, чѣмъ легче и скорѣе можно достигнуть прекращенія товарищества. Самый простой и короткій процессъ существуетъ въ морскомъ правѣ относительно общихъ кораблей; каждый участникъ корабля имѣетъ право „посадить“ корабль. Т. е. онъ можетъ объявить, что за корабль онъ хочетъ дать столько-то; тогда другіе socii обязаны юридически или предоставить ему корабль за предложенную имъ цѣну, или же назначить цѣну выше и въ непродолжительномъ времени уплатить ему слѣдующую долю.

Далѣе, понятно само собой, что товарищество

можетъ быть прекращено и безъ раздѣла. Одинъ socius можетъ продать свою идеальную долю другому. Въ такомъ случаѣ цѣна, получаемая socius, будетъ равняться той цѣнности, которую онъ получилъ бы при дѣйствительномъ раздѣлѣ, потому что идеальная доля, передаваемая отъ одного socius къ другому, чрезъ это самое превращается въ цѣнность матеріальную. Понятно далѣе, что если товарищество обнимаетъ множество разныхъ объектовъ, прекращеніе можетъ совершиться такъ, что отдѣльные объекты дѣлятся между socii, причемъ одинъ socius можетъ получить больше объектовъ, чѣмъ другой, если объекты представляютъ цѣнности различной величины. Такимъ же образомъ можетъ быть прекращено и communio omnium bonorum.

Понятно само собой, что и судья, разбирающій дѣло о раздѣлѣ, долженъ по своему усмотрѣнію примѣнить самый удобный способъ прекращенія товарищества.

Въ заключеніе мы должны заняться упомянутыми случаями, когда право игнорируетъ экономически-существующее товарищество цѣнностей.

1) Законъ проводитъ границу такъ, что товарищество уничтожается въ моментъ своего возникновенія. Таковъ случай, когда дерево, камень, стѣна стоятъ на границѣ двухъ поземельныхъ участковъ. Такіе предметы не считаются res communes сосѣдей, но въ силу существующаго закона граница участковъ—realiter дѣлитъ эти объ-

екты [140]). Такое опредѣленіе права выходитъ безъ сомнѣнія изъ того воззрѣнія, что растенія и камни не имѣютъ самостоятельнаго существованія, а считаются не больше какъ наростами и неровностями земли, а стѣна считается какъ бы искусственной скалой. Товарищество относительно этихъ предметовъ возникаетъ только тогда, когда они отдѣлены отъ земли [141]). Далѣе, insula in flumine nata и русло, покинутое общественной рѣкой, предоставляются хозяевамъ прилежащихъ поземельныхъ участковъ; но оно не становится res communis, а тотчасъ же, въ моментъ возникновенія, дѣлится realiter въ силу постановленія закона [142]). Это постановленіе выходитъ изъ того воззрѣнія, что русло рѣки принадлежитъ къ прилежащимъ поземельнымъ участкамъ, и собственность на русло не имѣетъ силы только до тѣхъ поръ, пока оно занято общественной рѣкой [143]).

140) L. 19. D. Comm. divid. (10. 3.): Arbor, quae in cofinio nata est, item lapis, qui, per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo judicium veniunt.

141) cit. l. 19. pr.—sed quum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indivisio fiet et veniet in communi dividundo judicium; nam quod erat finibis partibus, rursus confurditur.

142) L. 7. §. 3. D. d. A. R. D. (41. 1.): — Insula — — in flumine nata— — —si quidem mediam partem fluminis tenet communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; qnodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam praedia posisident.

143) Сравн. Пухта Pand. § 165.

Такое communio de facto и de jure отличается терминами: res communis pro diviso и pro indiviso [144]). Наконецъ, претензіи, которыхъ предметъ дѣлимъ, дѣлятся ipso jure между участниками товарищества [145]).

2) Можетъ имѣть мѣсто настоящая экспропріація одного или нѣсколькихъ участниковъ, но на мѣсто потерянной цѣнности возникаетъ право на вознагражденіе. Сюда принадлежатъ всѣ случаи, вычисляемые подъ извѣстной рубрикой: пріобрѣтеніе собственности чрезъ приращеніе [146]). Право на вознагражденіе не имѣетъ мѣста:

a) Когда кто нибудь animo donandi соединилъ цѣнность съ чужимъ предметомъ [147]).

b) Когда связь подходитъ подъ понятіе починки или улучшенія.

Конечно въ такихъ случаяхъ безъ всякаго основанія обогащается тотъ, чья вещь починена или улучшена. Но если бы возможно здѣсь было принужденіе къ вознагражденію за impensae necessariae или utiles, то это значило бы, что каждый, по своему усмотрѣнію, можетъ насъ заставить затратить на починку или улучшеніе нашихъ вещей тотъ капиталъ, который, быть можетъ, назначенъ для другихъ цѣлей. Такой произволъ постороннихъ лицъ относительно нашего

---

[144]) Cit. l. 19. pr. D. Comm. divid. (10. 3.)

[145]) Cit. l. 6. 1. Fam. herc. (3. 36.)

[146]) Пухта, Pand. § 16. 4.

[147]) Пухта, Pand. § 165. Note m.

имущества противорѣчитъ основнымъ началамъ народнаго хозяйства и потому не можетъ разсчитывать на поддержку со стороны права. Иное дѣло въ юридическомъ отношеніи, когда тотъ, кто починилъ или улучшилъ вещь, владѣетъ улучшенной вещью, и противупоставляетъ свое право хозяину вещи. Здѣсь онъ требуетъ отъ собственника вещи цѣнность, которая въ его рукахъ, даромъ что цѣнность эта заключается въ вещи, и самостоятельно не существуетъ. Право здѣсь не можетъ помѣшать владѣльцу удержать свое, и еслибъ кто сталъ утверждать, что право должно помогать хозяину возвратить владѣніе своей вещью, противъ этого можно выставить положеніе: in pari causa melior est conditio possidentis. Собственникъ, желающій возвратить владѣніе починенной или улучшенной вещью, косвенно вынуждается къ возвращенію цѣнности издержекъ. Такъ рѣшаетъ дѣло и римское право; оно дѣлаетъ исключеніе только для malae fidei possessor. Интересъ послѣдняго соображается только въ томъ отношеніи, что ему дозволяется отдѣлить улучшеніе, если оно осязательно видно и можетъ быть отдѣлено безъ вреда для вещи. Это потому, что право не можетъ предоставить хозяину больше, чѣмъ сколько ему слѣдуетъ. Mala fides владѣльца вовсе не основаніе для обогащенія собственника. Замѣчательно, что римскіе юристы дѣлаютъ различіе между починкой и улучшеніемъ, и сообразно съ этимъ различаютъ: impensae necessariae и utiles. И въ томъ и другомъ случаѣ къ вещи прибавляется цѣнность, и съ юридиче-

ской точки зрѣнія нѣтъ разумнаго основанія различать, къ испорченной или неиспорченной вещи кто нибудь присоединилъ цѣнность изъ своего имущества. Такъ или иначе, но и malae fidei possessor'у должно быть предоставлено право задержать вещь изъ за impensae necessariae, если относительно impensae utiles ему предоставляется jus tollendi [148]).

---

[148]) Смотр. Пухта, Pand. § 171.

III

Промышленность и оборотъ. — Право промышленности и оборота.

Въ государствѣ, гдѣ существуетъ „раздѣленіе труда“, можетъ быть ограничена свобода гражданъ выбирать тотъ или другой промыселъ. Тогда приходится различать, промышленную свободу и промышленныя стѣсненія. Послѣднія могутъ быть двоякаго рода. Можно прямо принуждать къ занятію извѣстнымъ промысломъ. Такъ тѣхъ, которые находятся въ состояніи дѣйствительнаго или фактическаго рабства, принуждаютъ заниматься земледѣліемъ или работать для хозяина въ качествѣ поденьщиковъ. Но промышленное стѣсненіе можетъ быть и косвенное, когда кто нибудь устраняется отъ занятія извѣстнымъ промысломъ. Такъ тамъ, гдѣ уничтожено рабство, но нѣтъ свободы переселенія, житель земледѣльческаго округа устраняется отъ занятія фабричной и торговой промышленностью. Далѣе, въ государствѣ

или даже и въ городѣ каждому отдѣльному лицу или опредѣленному количеству ихъ можетъ быть назначена опредѣленная отрасль промышленности. Такая привиллегія для однихъ лицъ, исключающая другихъ, называется монополіей. Понятно послѣ этого, что можетъ быть столько монополій, сколько есть отраслей промышленности. Монополія, принадлежащая правительству, называется регаліей. Если занимающіеся въ данномъ мѣстѣ извѣстнымъ промысломъ составляютъ корпорацію, цехъ, то въ случаѣ монополіи для такого цеха онъ оказывается замкнутымъ. Если же, напр., въ интересахъ общественнаго благосостоянія или по финансовымъ соображеніямъ, для занятія промысломъ необходимо разрѣшеніе правительства или административнаго мѣста, то такое ограниченіе промышленной свободы называется концессіоннымъ стѣсненіемъ. Монополія можетъ быть предоставлена на опредѣленное время изобрѣтателю полезнаго для общества фабриката, въ вознагражденіе за потраченный имъ трудъ и капиталъ; тогда монополія называется патентомъ. Къ этой категоріи принадлежитъ привиллегія авторовъ и художниковъ относительно ихъ литературныхъ и художественныхъ произведеній, въ томъ отношеніи, что въ теченіи опредѣленнаго времени они обезпечиваются противъ контрфакціи. Олицетвореніе поземельныхъ участковъ, вообще свойственное періоду низкой культуры, повело къ монополіи извѣстныхъ промысловъ для извѣстныхъ участковъ. Такія монополіи называются реальными правами, въ противуположность реальнымъ повинностямъ,

тоже выходящимъ изъ олицетворенія поземельныхъ участковъ. Такимъ образомъ, постановленія права, установляющія всѣ эти монополіи, называются *персональными и реальными привиллегіями.*

Нѣмецкая средневѣковая жизнь отличается стремленіемъ распредѣлить отрасли промышленности между опредѣленными индивидуумами. Мы уже упомянули о рабствѣ настоящемъ или фактическомъ. Извѣстные поземельные участки могли пріобрѣтать только лица, принадлежавшія къ опредѣленному классу. Такъ были дворянскія и крестьянскія имѣнія. Извѣстныя земли были пріурочены къ опредѣленнымъ фамиліямъ. Такъ существовали *родовыя имѣнія и фамильные фидеикоммиссы.* Чрезъ это многіе были устранены отъ занятія земледѣліемъ. Затѣмъ, такимъ же устраненіемъ была легальная *нераздѣльность большихъ имѣній.* ~~Жиды~~ Евреи обыкновенно не могли пріобрѣтать поземельныхъ участковъ *). Въ промышленности также господствовалъ принципъ монополій. Занятіе большей частью ремеслъ условливалось принадлежностью къ цеху. Большинство цеховъ были замкнутые. Кромѣ того, для цѣлаго разряда фабрикатовъ монополія была установлена такъ, что для субъекта монополіи (лица или участка) былъ назначенъ опредѣленный кругъ потребителей; въ другомъ мѣстѣ они не могли покупать тотъ или другой продуктъ. Таками продуктами по преимуществу были: мука,

---

*) Кажись, объ этомъ жалѣть нечего; иначе не помогло бы теперь, вѣроятно, ни гуано, ни известкованіе, ни удобреніе продуктами городской жизни (прим. перевод.).

пиво, вино и хлѣбъ. Эти монополіи назывались заповѣдными правами (Bannrechte) и различались: стѣсненія мукомольнаго промысла (Mühlen-Zwang), пивнаго промысла (Bier-Zwang), виноторговли и пекарскаго промысла (Kelter-und Backofen-Zwang). Часто предметомъ монополіи былъ не продуктъ, а трудъ, нужный для произведенія продукта — такъ что субъекту монополіи доставлялись матеріалы, напр. мельнику доставлялось зерно, хлѣбнику мука, а не-то, такъ и тѣсто. Кромѣ того, монополисты могли составить и цехъ, если они, какъ напр. содержатели вѣтряныхъ мельницъ, жили на пространствѣ одного округа. Цѣлый разрядъ промысловъ составлялъ монополіи отдѣльныхъ феодальныхъ владѣльцевъ. Такими регаліями были: горный промыселъ, соляной промыселъ, выдѣлка монеты, извозъ, почтовая регалія.

Съ начала нынѣшняго столѣтія изученіе политической экономіи мало по малу распространило убѣжденіе, что стѣсненіе промышленной свободы, за исключеніемъ нѣкоторыхъ развѣ промысловъ, есть большая несправедливость относительно устраненныхъ, и особенно относительно будущихъ поколѣній. Чрезъ такое стѣсненіе множество гражданъ осуждается на бездѣйствіе и нищету, и безчисленное множество людей, оглянувши впервые жизнь, съ грустью замѣчаютъ, что для нихъ нѣтъ больше мѣста на великомъ поприщѣ народной дѣятельности. Съ другой стороны множество счастливцевъ отдается лѣни. Мало по малу возникло убѣжденіе, что эти средневѣковые порядки вредны

для народнаго благосостоянія. Государство лишается множества рабочихъ силъ, для множества талантовъ невозможно развитіе и производительная дѣятельность. Монополисты доставляютъ скверные продукты и дерутъ за нихъ въ три дорога. Такимъ образомъ въ Германіи, какъ и въ другихъ мѣстахъ, началась борьба промышленной свободы съ промышленной кабалой, т. е. борьба гуманности и здраваго смысла съ привиллегированными кастами. Въ однихъ мѣстахъ Германіи эта борьба ведется съ большимъ или меньшимъ счастьемъ, въ нѣкоторыхъ же мѣстахъ едва только начинается. Въ нашемъ отечествѣ есть цвѣтущія государства съ полной промышленной свободой, и есть бѣдныя государства съ полной промышленной кабалой. Но между тѣмъ въ настоящее время вездѣ общественное мнѣніе высказывается въ пользу промышленной свободы, и вотъ почему можно утѣшаться надеждой, что скоро будутъ уничтожены старые порядки, закабалившіе промышленность.

Промышленной кабалѣ, насколько она еще держится, соотвѣтствуетъ и рядъ юридическихъ нормъ, которыя въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ областяхъ являются крупной составной частью партикулярнаго права.

Къ такимъ нормамъ принадлежатъ:

1. Обломки крѣпостной зависимости, удержанные при его уничтоженіи; таковы именно нормы, охраняющія фактическую крѣпостную зависимость.

2. Постановленія о мѣстѣ жительства, т. е. стѣсненія свободы передвиженія.

3. Особыя постановленія относительно пріобрѣ-

тенія извѣстныхъ сельско-хозяйственныхъ участковъ.

4. Постановленія о фидеикоммиссахъ.

5. Объемистое право цеховое: законы, статуты, обычаи.

6. Юридическія нормы относительно существующихъ регалій.

7. Постановленія о концессіонныхъ промыслахъ.

Весь этотъ ворохъ юридическихъ нормъ въ системѣ права должно противупоставлять, какъ право въ смыслѣ права, стѣсняющаго промышленную дѣятельность, естественной свободѣ промысловъ.

Оборотъ обнимаетъ всѣ сдѣлки, такъ или иначе, имѣющія цѣлью созданіе производительныхъ силъ въ надлежащей степени, ихъ соединеніе, ихъ раздѣленіе, наконецъ мѣну продуктовъ. Эта цѣль, вѣчно преслѣдуемая членами человѣческаго общества и вѣчно возникающая вновь, производитъ и поддерживаетъ постоянное движеніе, непрерывную жизнь и дѣятельность людей; простой человѣкъ называетъ все это „оборотомъ“ (Verkehr), не сознавая, что такое шумное движеніе, даромъ что оно такъ пестро и кипуче — есть правильный и монотонный ходъ огромной машины.

I. Созданіе фактора рабочей силы и фактора капиталовъ надлежащей силы совершается посредствомъ ассоціаціи. Ассоціація бываетъ:

1. Ассоціація капиталовъ. Если socii хотятъ участвовать только опредѣленными долями, такъ

что на худой конецъ они могутъ потерять каждый только свою акцію, въ такомъ случаѣ societas называется акціонернымъ обществомъ. Противуположность составляетъ полное общество. (Collectiv-Gesellschaft).

2. Ассоціація рабочихъ. Всѣ производительные рабочіе раздѣляются на ученыхъ, антрепренеровъ и рабочихъ въ тѣсномъ смыслѣ. Такимъ образомъ существуютъ:

a) Ассоціаціи ученыхъ. Онѣ также разнообразны, какъ разнообразны отрасли наукъ. По матеріальнымъ продуктамъ своей дѣятельности особенно важны общества натуралистовъ.

b) Ассоціаціи антрепренеровъ. Они могутъ быть столь же разнообразны, сколько есть различныхъ видовъ производительнаго труда или отраслей промышленности.

II. Соединеніе производительныхъ силъ. Оно совершается:

1. Тоже посредствомъ ассоціаціи. Эту ассоціацію мы назвали промышленнымъ обществомъ (Productiv-Gesellschaft). Слѣдуетъ замѣтить, что такія ассоціаціи рѣдко бываютъ соединеніемъ одного труда и одного только капитала. Если socius, доставляющій капиталъ, желаетъ, чтобы не знала объ этомъ публика, въ такомъ случаѣ промышленное общество называется товариществомъ на вѣрѣ. Такой неизвѣстный (stiller) товарищъ не вступаетъ въ прямыя сношенія съ публикой, и только косвенно отвѣчаетъ по

тѣмъ кредитнымъ сдѣлкамъ, которыя заключаетъ другой socius (называемый уполномоченнымъ, complementar), и отвѣчаетъ согласно условіямъ договора о товариществѣ.

2. Посредствомъ кредита, и притомъ:

a) посредствомъ договора о кредитѣ. Такой договоръ заключаетъ или:

α) Факторъ рабочей силы, чтобы привлечь производительныя силы капитала. Эти разнообразные кредитные договоры могутъ быть обозначены однимъ общимъ выраженіемъ: „наемъ капитала“, и бываютъ:

αα) процентный заемъ,

ββ) наемъ вещей.

Обѣ сдѣлки могутъ принять форму покупнаго контракта, и тогда называются покупкой кредита и покупкой запродажной (Pränumerations-Kauf)

или:

β) Кредитный договоръ заключаетъ факторъ капитала, чтобы привлечь нужныя производительныя силы труда. Эти разнообразные кредитные договоры могутъ быть обозначены общимъ выраженіемъ „личнаго найма“ и бываютъ:

αα) locatio conductio operarum,

ββ) locatio conductio operis.

Если заработная плата вполнѣ или отчасти уплачивается не деньгами, а другими объектами, то возникаютъ видоизмѣненія. Сюда относятся:

1) Договоръ съ прислугой, 2) договоръ съ подмастерьями, 3) договоръ о платѣ придворнымъ служкамъ, 4) договоръ помѣщика съ тягловымъ крестьяниномъ и 5) въ прежнія времена ленный договоръ.

По исключенію можно добыть производительную силу работы или капитала и инымъ образомъ. Такими исключеніями являются:

1) Относительно найма капитала—безпроцентный заемъ, ссуда и безсрочная ссуда; 2) относительно личнаго найма: порученіе. Если услуга состоитъ въ сохраненіи (custodia) вещи, въ такомъ случаѣ римляне различаютъ еще: mandatum custodiae и depositum. Замѣчательно еще вотъ что: иногда обязанность доставлять услуги прекращается, но плата продолжаетъ существовать: обязанность вассала отправлять военную службу исчезла, но вассалъ удерживаетъ наслѣдственное пользованіе леномъ.

b) Посредствомъ кредита, предоставленнаго только съ одной стороны. Предоставляемая здѣсь на кредитъ цѣнность бываетъ или предоставленіемъ личной услуги или затратой капитала. Путемъ такого односторонняго кредита:

α) фактору капитала доставляется трудъ,

β) фактору работы — капиталъ.

III. Раздѣленіе производительныхъ силъ.

1) Прекращеніе ассоціацій, наемныхъ контрактовъ и тѣхъ договоровъ, посредствомъ кото-

рыхъ въ видѣ даренія предоставляется пользованіе капиталомъ или трудомъ. Не говоря о тѣхъ случаяхъ, когда прекращеніе наступаетъ ipso jure, оно происходитъ отчасти чрезъ одностороннее объявленіе, отчасти посредствомъ особаго договора о прекращеніи—dissensu. Одно изъ послѣдствій такого прекращенія:

2) Возвращеніе предоставленныхъ на кредитъ предметовъ капитала. Оно совершается или in specie или in genere, или по цѣнности, т. е. въ деньгахъ, и въ первомъ случаѣ, если идетъ рѣчь о поземельныхъ участкахъ, называется очищеніемъ. Если во время соединенія производительныхъ силъ произведены общія цѣнности, то при прекращеніи товарищества участники возвращаютъ другъ другу цѣнности.

IV. Мѣна продуктовъ. Въ настоящее время эта мѣна обыкновенно совершается посредствомъ купли — продажи. Продукты бываютъ матеріальные или не матеріальные. Къ послѣднимъ принадлежатъ продукты ученыхъ иля художниковъ. Ученые бываютъ теоретики и практики. То, что они получаютъ за свои продукты, называется гонораріемъ, хоть въ сущности тутъ нѣтъ никакого различія отъ обыкновенной цѣны. Теоретики передаютъ свои произведенія или въ устной формѣ, или же на письмѣ и въ печати. Въ послѣднемъ случаѣ авторъ или самъ заботится о печатаніи и продажѣ экземпляровъ, или же продаетъ рукопись. Если купившій рукопись беретъ на себя извѣст-

ныя обязательства — именно обязательство напечатать и распубликовать сочиненіе, то договоръ называется договоромъ объ изданіи, а купившій — издателемъ.

Совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ оборотныя сдѣлки, составляетъ право оборота на ряду съ правомъ промышленности, т. е. съ законными ограниченіями естественной свободы труда.

IV

Потребленіе вещей.

Понятія: гибель, потребленіе, порча вещей установлены нами прежде [149]).

Разрушеніе цѣнности можетъ быть непосредственнымъ дѣйствіемъ или же только послѣдствіемъ какого нибудь факта; фактъ этотъ можетъ дѣйствовать или самъ по себѣ, или же при содѣйствіи другихъ обстоятельствъ. Такимъ содѣйствіемъ можетъ быть или вліяніе естественныхъ законовъ [150]), или вліяніе юридическихъ нормъ, т. е. юридической послѣдовательности [151]).

Погибшія цѣнности можно понимать какъ разность между имуществомъ до этой гибели и послѣ

149) Выпускъ I. Стр. 17. и 18. Обязательство доставить цѣнность есть уже потеря этой цѣнности. Выпускъ II. Стр. 19. сравн. L. 28. de neg. gest. (3. 5.)—id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

150) Сюда же нужно отнести и экономическіе законы.

151) Напр. потеря неустойки.

нея, и потому ихъ можно обозначить выраженіемъ „интересъ“. Такъ какъ этотъ интересъ можетъ быть больше, чѣмъ мѣновая цѣна разрушеннаго объекта, римляне различаютъ verum rei pretium и id quod interest [152]).

Прежде было показано, какимъ образомъ римскіе юристы рядомъ съ мѣновой цѣнностью, открыли и цѣнность употребленія [153]); сообразно съ этимъ, вмѣстѣ съ разрушеніемъ мѣновой цѣнности, имъ извѣстно и разрушеніе цѣнности употребленія. Подъ послѣдней они понимаютъ цѣнность производительныхъ силъ капитала или рабочей силы, остававшихся въ бездѣйствіи извѣстное время. Поэтому они различаютъ собственно damnum, т. е. разрушеніе мѣновой цѣнности, и потерянную utilitas, т. е. разрушеніе цѣнности употребленія [154]); относительно utilitas римскіе юристы опять различаютъ: 1) omne omnino quod quis lucrari potuerit, 2) utilitas circa rem ipsam, т. е. цѣнность потерянныхъ производительныхъ силъ за данное время [155]). Чтобы яснѣе различать оба эти понятія, слѣдуетъ помнить, что каждая

---

[152]) L. 50. pr. D. de furt. (47. 2).

[153]) Выпускъ II. Стр. 9.

[154])——multum interesse, говоритъ Ульпіанъ, utrum damnum quis faciat, an lucro, quo adhuc faciebat, uti prohibeatur. l. 26. de damno inf. (39. 2).

[155]) L. 21. § 3. D. d. A. E. E. V. (19. 1.) l. 19. D. d. periculo (18. 6). Это замѣчательное остроумное экономическое правильное и необходимое различіе Фангеровъ называетъ фразой Павла, не имѣющей значенія. Сравн. v. Vangerow's Leitfaden, Bd. III. стр. 48.

произведенная цѣнность возникаетъ изъ соединенія труда и капитала, и что въ цѣнности даннаго продукта всегда можетъ быть опредѣлено, какая доля ея должна быть отнесена къ производительности труда, и какая — къ производительности капитала. Послѣдняя доля и есть то, что обозначается словами utilitas circa rem [156]). То же самое различіе обозначается выраженіемъ propter negotiationem и ex re [157]). Такимъ образомъ понятіе интереса, первоначально обнимавшее только damnum, распространилось и на потерянный барышъ [158]). Нечего и говорить, что возможенъ косвенный вредъ и отъ одной помѣхи примѣнить къ дѣлу производительныя силы.

При разсчетѣ интереса in concreto слѣдуетъ различать два случая: во первыхъ случай разрушенія цѣнности, во вторыхъ, случай помѣхи воспользоваться производительными силами труда

---

[156]) Для римскихъ юристовъ это понятіе не совсѣмъ ясно; значеніе utilitatis circa rem они больше чувствовали, чѣмъ сознавали. По этому они приводятъ только примѣры, но не даютъ опредѣленія самаго понятія. По той же самой причинѣ и нынѣшніе цивилисты не ушли ни на шагъ отъ римскихъ юристовъ.

[157]) L. 21. D. de her. vel. act. vend. (18. 4.)

[158]) Что это было расширеніемъ первоначальнаго понятія, что во время Юстиніана нѣкоторые еще сомнѣвались въ томъ, относится ли lucrum cessans къ интересу, это видно изъ 1. un. C. de sent. quae pro eo, quod interest proferuntur (7. 47.) гдѣ говорится: Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interst, statuerunt.

или капитала, т. е. помѣху произвести цѣнность. Что касается

ПЕРВАГО СЛУЧАЯ,

то здѣсь нужно замѣтить слѣдующее. Цѣнность вещи обнимаетъ цѣнность всѣхъ ея производительныхъ силъ; въ общей цѣнности этихъ силъ состоитъ цѣнность вещи; вещь вообще имѣетъ цѣнность только потому, что имѣетъ производительныя силы. Но цѣнность вещи обнимаетъ только цѣнность ея производительныхъ силъ, какъ онѣ есть, безъ отношенія къ промышленности, примѣняющей къ дѣлу эти силы. Можно все это выразить и такъ: цѣнность вещи обнимаетъ omnis utilitas circa rem [159]). Если такимъ образомъ вещь разрушается, то при вычисленіи вреда можно принимать въ разсчетъ только цѣнность вещи, не обращая вниманія на utilitas circa rem. Utilitas circa rem можетъ быть принимаема въ разсчетъ только за время отъ момента разрушенія до того момента, когда будетъ произведено дѣйствительное вознагражденіе. Къ этой же utilitas должно быть причислено и возвышеніе мѣновой цѣнности вещи за промежутокъ времени отъ разрушенія до платежа вознагражденія. Когда приходится вычислять цѣнность разрушенной вещи относительно договора купли — продажи, то здѣсь слѣдуетъ помнить, что цѣнность res vendita опре-

---

[159]) О цѣнности употребленія, какъ объ особенной цѣнности вещи, можетъ быть рѣчь только относительно опредѣленнаго времени; а безъ этого, мѣновая цѣнность и цѣнность употребленія совпадаютъ одна съ другой.

дѣляется въ договорѣ покупной цѣной [160]). Въ случаѣ разрушенія res vendita до передачи, цѣнность вещи можетъ быть опредѣлена не выше покупной цѣны [161]). Далѣе, слѣдуетъ замѣтить, что если купленная вещь не доставляется въ надлежащее время, такъ что купившій не можетъ уже сдѣлать употребленія изъ купленной вещи, и потому отступаетъ отъ договора, то это равносильно для него разрушенію res vendita. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что и въ этомъ случаѣ разрушенная цѣнность должна быть опредѣлеяема не выше покупной цѣны [162]).

во вторыхъ,

относительно того случая, когда кто нибудь терпитъ помѣху въ примѣненіи производительныхъ силъ капитала или труда въ теченіе опредѣленнаго времени, то здѣсь при вычисленіи интереса нѣтъ надобности различать, дѣйствительно ли тотъ, кто помѣшалъ намъ воспользоваться капиталомъ или трудомъ, самъ сдѣлалъ изъ того и другаго какое нибудь примѣненіе, или нѣтъ, и можемъ ли мы претендовать на такіе продукты, или нѣтъ. Это вопросъ особый [163]). Точно также, если производительныя силы капитала или труда

---

160) IV. Стр. 29.

161) Сравн. ниже стр. 136.

162) На этомъ основывается рѣшеніе in cit. l. 21. §. 3. D. d. A. E. V.— —pretium tritici———consequitur.

163) Ученіе объ объективномъ negotium alienum (Данквартъ, Neg. ges. стр. 35) и о вознагражденіи за lucrum cessans тѣсно связаны между собой.

были въ это время въ бездѣйствіи, нѣтъ надобности до того, что могъ бы произвести съ ними тотъ, кто отнялъ ихъ у насъ, а дѣло въ томъ, что могли бы произвести мы сами [164]).

При этомъ мы могли бы

1) вычислять: omni omnino quod lucrari potuissemus; но въ такомъ случаѣ мы могли бы перейти въ область разныхъ возможностей; вѣдь это omne lucrum вообще не можетъ быть опредѣлено съ точностью [165]); такое опредѣленіе можетъ быть сдѣлано развѣ относительно

2) utilitas circa rem ipsam.

Масштабомъ для опредѣленія вреда можетъ служить: относительно поземельныхъ участковъ — размѣръ поземельной ренты, относительно капиталовъ — размѣръ ренты съ нихъ, относительно труда — промышленная рента. Такъ какъ цѣнность предмета равняется общей цѣнности его производительныхъ силъ, то изъ этого слѣдуетъ, что въ случаѣ помѣхи относительно производительныхъ силъ, вознагражденіе не должно превышать alterum tantum [166]). При вычисленіи кос-

---

[164]) Сравн. L. 61. § 1. D d. R. V. (6. 1.) Сравн. ниже стр. 131.

[165]) Рѣшеніе вопроса о томъ, что можно было бы произвесть въ теченіе извѣстнаго времени, владѣя даннымъ производительнымъ фондомъ, зависитъ въ конкретныхъ случаяхъ отъ такихъ обстоятельствъ, которыя не могутъ быть опредѣлены.

[166]) Сравн. L. un. cit. in f.—Сообразно съ этимъ Юстиніанъ постановилъ, что должникъ освобождается отъ долга,

веннаго вреда, равно возможнаго при разрушеніи и мѣновой цѣнности и цѣнности употребленія, все сводится къ дѣйствительной (естественной или юридической) причинной связи, въ какой этотъ вредъ находится съ разрушительнымъ фактомъ, или съ помѣхой въ употребленіи капитала или труда.

Интересъ государства, т. е. интересъ общественнаго благосостоянія, требуетъ, чтобы не допускалось непроизводительное разрушеніе вещей, особенно производительныхъ фондовъ, а равно и бездѣйствіе этихъ фондовъ; далѣе, чтобы разрушенные производительные фонды возможно полнѣе были возстановляемы снова. Въ этомъ отношеніи и собственная выгода частныхъ лицъ будетъ поощрять ихъ къ осмотрительности и дѣятельности, такъ что содѣйствіе государства должно здѣсь ограничиться только поддержкой этихъ стремленій. Относящіяся сюда учрежденія и юридическія нормы лучше всего будутъ приведены въ систему, если мы сдѣлаемъ классификацію разныхъ причиняющихъ вредъ фактовъ. О необходимости защиты частныхъ лицъ отъ умышленныхъ нарушеній мы говорили выше; здѣсь необходимо сказать кое-что о размѣрѣ и исчисленіи подлежащаго вознагражденію вреда.

Фактъ, какъ причина, ведущій за собой уничтоженіе цѣнности, можетъ быть:

когда уплаченные имъ проценты равняются занятому капиталу. L. 29. 30. C. d. usuris (4. 32.) Но сила этого постановленія оспаривается, потому что оно не глоссировано.

I. Неотразимое дѣйствіе естесвеннаго закона;—vis major, casus, damnum fatale.

А. Уничтоженіе цѣнности.

Сила естественныхъ законовъ болѣе и болѣе смягчается развитіемъ цивилизаціи [167]). Въ самомъ дѣлѣ цивилизація есть возрастающее господство человѣка надъ грубыми силами природы. Такъ, напримѣръ, изслѣдованія ученыхъ объ электричествѣ, изобрѣтеніе громоотвода, прочная постройка домовъ, замѣна соломенныхъ кровель другими, дѣятельная пожарная полиція — все это ведетъ къ тому, что истребленіе капиталовъ пожарами становится рѣже и рѣже; изслѣдованія медицины болѣе и болѣе устраняютъ возможность разрушенія рабочихъ силъ. Тамъ же, гдѣ недостаточно человѣческаго искусства и опытности, чтобы устранить разрушительное дѣйствіе естественныхъ законовъ, люди стараются отклонить хоть послѣдствія этихъ законовъ. Люди пришли къ той весьма правильной мысли, что производительная сила большаго капитала равняется нулю, когда капиталъ этотъ дробится и дѣлится между многими производителями; и наоборотъ, изъ небольшихъ взносовъ, сдѣланныхъ многими, можетъ быть вознагражденъ и большой разрушенный капиталъ, не нарушая производительной силы капитала вкладчиковъ. Образовались общества, члены которыхъ принимаютъ на себя взаимное обяза-

---

[167]) Или правильнѣе, дѣлается безвредной. «Только повинуясь природѣ, мы можемъ сломить ея могущество». Бэконъ.

тельство вознаградить капиталы, разрушенные неотразимыми силами природы. Такъ возникли страховыя общества относительно пожаровъ, града, мореплаванія, транспортовъ, скотскихъ падежей, относительно жизни. Разрушенная несчастнымъ случаемъ рабочая сила можетъ быть вознаграждена капиталомъ, потому что рабочую силу можно купить. Съ такой же цѣлью составились и ассоціаціи. Стремленіе пріобрѣтать и спекуляція капиталистовъ повели къ большей полнотѣ въ обезпеченіи капиталовъ и рабочихъ силъ. Убѣжденіе въ томъ, что съ развитіемъ цивилизаціи количество несчастныхъ случаевъ становится меньше, что можетъ оказаться значительный излишекъ, если множество людей будутъ въ теченіи извѣстнаго времени дѣлать постоянные взносы для покрытія убытковъ — все это побудило капиталистовъ сдѣлать особый промыселъ изъ обезпеченія чужихъ капиталовъ и чужихъ рабочихъ силъ. Они соединяются въ акціонерныя общества и принимаютъ на себя вознагражденіе капиталовъ или рабочихъ силъ, разрушенныхъ несчастными случаями въ теченіи опредѣленнаго времени, принимаютъ вознагражденіе за опредѣленную сумму, называемую преміей; капиталисты разсчитываютъ на то, что сумма слѣдующихъ вознагражденій вмѣстѣ съ процентами на основной капиталъ и платой за ихъ хлопоты будетъ гораздо меньше, чѣмъ сумма всѣхъ взносовъ со стороны страхователей. Промыселъ этотъ очень выгоденъ, и потому является множество такихъ ассоціацій капитала (такъ называемыя страховыя общества), и возникающая между

ними конкурренція доводитъ до minimum'а страховую премію. Такимъ образомъ публика получаетъ возможность посредствомъ простой сдѣлки обезпечить капиталъ и рабочую силу за небольшую и опредѣленную сумму. Политическая экономія требуетъ, чтобы право не мѣшало развитію страховыхъ учрежденій, такъ благодѣтельныхъ для общества; но съ другой стороны, въ предупрежденіе надувательствъ со стороны капиталистовъ, необходимо занятіе этимъ промысломъ поставить въ зависимость отъ дозволенія правительства и подчинить контролю общественной власти.

В. Случайныя событія, ведущія къ тому, что на время производительные фонды остаются безъ употребленія.

Сюда принадлежатъ, потопленія, войны, моръ, коммерческіе кризисы и т. д. Развивающаяся цивилизація болѣе или менѣе обезпечила общество и противъ подобныхъ вредныхъ вліяній; сооружены плотины, устроены правильныя арміи, дѣлаетъ успѣхи медицина и медицинская полиція, распространяются больше и больше экономическія свѣдѣнія и т. д. Разнообразныя учрежденія, имѣющія цѣлью отвращеніе такихъ несчастныхъ случаевъ и ихъ послѣдствій, вызываютъ цѣлый рядъ отношеній, для которыхъ нужны опредѣленія, и слѣдовательно цѣлый рядъ юридическихъ нормъ. Въ области гражданскаго права здѣсь слѣдуетъ указать на нормы, касающіяся страховыхъ учрежденій, и на право береговое.

Если подобные несчастные случаи касаются частной экономіи отдѣльныхъ лицъ, то безъ особеннаго договора никто не обязанъ вознаграждать за происходящій вредъ, и сила естественныхъ законовъ разрушаетъ всякое законное обязательство. Это выражается въ двухъ положеніяхъ: Casum sentit dominus и impossibilium nulla obligatio.

Мимоходомъ замѣтимъ, что капиталъ можетъ быть непроизводительнымъ вслѣдствіе своей незначительности, и потому въ каждомъ государствѣ множество капиталовъ остается въ бездѣйствіи. Но соединяясь между собой, они становятся производительными. Учрежденія съ такой цѣлью называются сберегательными кассами. Это своего рода бассейны, куда стекаются незначительные производительные капиталы, чтобы составить производительный фондъ. Такія учрежденія полезны для общей производительности, доставляя промышленности капиталы, которые иначе были бы для нея потеряны: они полезны и для частной экономіи, потому что посредствомъ ихъ множество частныхъ людей получаетъ возможность дать производительное помѣщеніе самымъ незначительнымъ сбереженіямъ.

II. Людская вина (умыселъ, небрежность). Прежде всего что касается

А. Разрушенія цѣнности и именно:

1) собственныхъ объектовъ имущества, здѣсь не можетъ быть ограниченій; свобода распоряженія своимъ добромъ принадлежитъ къ основнымъ

принципамъ политической экономіи. Изъ этого могутъ быть развѣ исключены тѣ случаи, когда подобное разрушеніе грозитъ опасностью для другихъ, слѣдовательно для общественнаго блага, равно и тѣ случаи, когда принципы нравственности рекомендуютъ ограниченія свободнаго распоряженія. Въ самомъ дѣлѣ праву неизвѣстно ограниченіе частнаго произвола; оно запрещаетъ только подъ страхомъ наказанія и препятствуетъ зажигательству собственныхъ зданій, если отъ этого можетъ быть вредъ для другихъ, и затѣмъ подчиняетъ опекѣ расточителей. Римское право смотритъ на prodigus такъ же точно, какъ и на furiosus [168]). Кромѣ того оно запрещаетъ взаимныя даренія между супругами, и за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, объявляетъ такія даренія ничтожными и недѣйствительными [169]). Другія даренія связаны съ извѣстной формой, чтобы предупредить легкомысліе и расточительность; такъ дареніе свыше 500 solidi ничтожно, если оно составлено не судебнымъ порядкомъ [170]). У римлянъ, какъ и въ Германіи, законодательство пыталось ограничить роскошь, т. е. непроизводительное потребленіе изъ хвастовства [171]); но пришлось отказаться отъ выполненія этихъ законовъ: законы о роскоши вообще приходили in desuetudinem.

---

[168]) L. 1. pr. 10. pr. D. de curat. fur. (27. 10.)

[169]) Пухта Pand. §. 425.

[170]) L. 34—36 C. d. donat. (8. 54.)

[171]) Рошеръ, System Bd. 1. § 235.

Что касается

2) разрушенія чужихъ цѣнностей, Lex Aquilia [172]) обязываетъ каждаго къ самой внимательной осторожности относительно имущества другихъ, и подвергаетъ отвѣтственности за всякія произвольныя дѣйствія, ведущія къ разрушенію чужаго капитала [173]). Разрушеніе чужихъ цѣнностей у римлянъ называется damnum injuria datum. Добавка injuria указываетъ, что есть случаи, когда можно по праву причинить вредъ другому. Уже въ 12 таблицахъ были постановленія о Damnum. Затѣмъ были изданы новые законы. Наконецъ всѣ они были замѣнены Lex Aquilia. Lex Aquilia, говоритъ Ульпіанъ, omnibus legibus, quae ante se de damno locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis sive alia quae fuit, quas leges nunc referre non est necesse [174]). Законъ этотъ — плебисцитъ, изданный по предложенію народнаго трибуна Аквилія [175]). Первоначально сила его простиралась на damnum corpore corpori datum; затѣмъ путемъ интерпретаціи онъ былъ примѣненъ и къ косвенному поврежденію вещей, наконецъ практика распространила его и на другія поврежденія, вытекающія изъ положительныхъ дѣйствій всякаго рода; sed si non cor-

---

[172]) Сравн. выше. Этюдъ I. стр. 4.

[173]) Практики распространили опредѣленія Lex Aquilia и на случаи разрушенія рабочихъ силъ. Пухта Pand. § 388.

[174]) L. 1. D. ad. leg Aquil. (9. 2.)

[175]) Cit. L. 1. § 1.

pore damnum datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit ut fugeret [176]).

Lex Aquilia имѣлъ въ виду заставить каждаго быть въ высшей степени внимательнымъ и осторожнымъ относительно чужаго имущества. Сдѣлавшій повреждение отвѣчаетъ и за culpa levissima [177]), т. е. во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ casus. Culpa для Lex Aquilia не имѣетъ степеней. Для договорныхъ отношеній масштабомъ рачительности былъ bonus paterfamilias; но для Lex Aquilia этотъ масштабъ былъ совсѣмъ непримѣнимъ; нельзя же допустить, чтобы каждый относился ко всему внѣшнему міру, какъ къ „своему хозяйству". и поступалъ какъ „добрый хозяинъ", Ходячее воззрѣніе, будто такой масштабъ слѣдуетъ примѣнять и къ случаямъ Lex Aquilia, есть непонятная нелѣпость. Мы вовсе не намѣрены намѣчать степени для culpa, а только полагаемъ, что для Lex Aquilia нѣтъ никакихъ степеней, а есть только culpa и casus.

Нарушитель долженъ вознаградить за разрушенную цѣнность; при вычисленіи вреда поставленъ еще особый, убыточный для него modus [178]);

---

[176]) § 16. J. d. leg. Aquil. (4. 3.)

[177]) L. 44. pr. D. ad. leg. Aquil. (9. 2.): In lege Aquilia et levissima culpa venit.

[178]) L. 2. pr. 11. § 2. L. 27. § 5. eod.

кромѣ того онъ долженъ вознаградить и за всякій дальнѣйшій косвенный вредъ, еслибъ даже послѣдній и не былъ имъ предвидѣнъ [179]). Совершенно инаго свойства начала для договорныхъ отношеній, когда чрезъ нарушеніе договорныхъ обязательствъ одинъ контрагентъ разрушаетъ цѣнность другаго. Здѣсь уже идетъ не о томъ, какова воля законодателя и каковы средства, указанныя имъ для отвращенія вреда относительно чужаго имущества. Въ области договорныхъ отношеній коренной принципъ тотъ, что право даетъ полный просторъ соглашенію контрагентовъ, и только когда нѣтъ такого соглашенія, или оно недостаточно, право вмѣшивается, соображая индивидуальныя обстоятельства, сообразно предполагаемой волѣ контрагентовъ, причемъ существенно берется во вниманіе и свойство самой сдѣлки. Такимъ образомъ постановленія о вознагражденіи вреда относительно договоровъ основываются уже на interpretatio voluntatis, и потому должны быть совершенно не похожи на опредѣленія Lex Aquilia [180]). Одинъ контрагентъ не отвѣчаетъ предъ другимъ и за одну culpa; точно также не отвѣчаетъ онъ и за косвенный вредъ, не входившій въ его разсчетъ. Равнымъ образомъ

---

[179]) Срвн. ниже стр. 315.

[180]) Современная теорія римскаго права именно хромаетъ здѣсь тѣмъ, что не вполнѣ отчетливо выставляетъ необходимость такого различія: скорѣе наоборотъ, постановленія объ actio ex lege Aquilia иногда примѣняются для рѣшенія вопросовъ о вознагражденіи вреда относительно договоровъ.

при оцѣнкѣ мѣновой цѣны разрушеннаго или поврежденнаго объекта не имѣетъ мѣста невыгодное постановленіе Lex Aquilia. Вмѣсто суровости, характеризующей Lex Aquilia, здѣсь выступаетъ на первый планъ соображеніе справедливости. Но римское право все таки хромаетъ въ томъ отношеніи, что для нѣкоторыхъ договорныхъ отношеній вмѣстѣ съ предполагаемой voluntas находитъ примѣненіе и Lex Aquilia. Въ настоящее время врядъ ли можно доказать принявшему вещь на сохраненіе, что его обязанность вознаградить вредъ будетъ совершенно различна, смотря по тому, будетъ ли поврежденіе въ res deposita положительнымъ или отрицательнымъ дѣйствіемъ, а особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда трудно и рѣшить, было ли это поврежденіе слѣдствіемъ извѣстнаго поступка или бездѣйствія.

B. Бездѣйствіе продуктивныхъ фондовъ.

1. Собственные фонды.

Каждому должна быть предоставлена свобода пользоваться или не пользоваться своимъ фондомъ. Юридическое принужденіе здѣсь можетъ имѣть мѣсто только по соображенію общаго блага. И римское право вообще признаетъ эту свободу; но оно постановляетъ, что собственникъ поземельнаго участка считается отрекшимся, когда онъ бросаетъ свой участокъ во вредъ земледѣлію или другому общественному интересу, а между тѣмъ кто нибудь другой завладѣлъ этимъ участкомъ, обрабатываетъ и въ теченіе двухъ лѣтъ не получаетъ

отъ собственника вознагражденія за сдѣланныя имъ затраты и издержки [181]).

2. Помѣха другому въ пользованіи своимъ фондамъ.

Она возможна:

а) Посредствомъ одного только владѣнія или задержанія чужой вещи. Римское право поставляетъ каждому въ обязанность не отнимать у другаго производительныхъ силъ вещи, незаконно завладѣвая вещью, и заставляетъ владѣльца вознаградить за fructus percipiendi, предполагая, что владѣлецъ этотъ in culpa, или какъ выражаются римскіе юристы, in mala fide. Но собственникъ можетъ требовать только то, что у него дѣйствительно отнято, т. е. fructus ex re или, что то же, онъ можетъ изъявлять претензію только на utilitas circa rem ipsam. Подъ utilitas здѣсь слѣдуетъ разумѣть только одну поземельную ренту [182]). Владѣлецъ не можетъ отговариваться тѣмъ, что за недостаткомъ оборотнаго капитала или рабочихъ силъ или по другой причинѣ онъ не можетъ производить что нибудь или долженъ ограничить производительность. Этотъ вопросъ обсуждается скорѣе съ точки зрѣнія, какая умѣстна для dominus. Generaliter autem, говоритъ Папиніанъ, quum de fructibus aestimandis quaeritur,

---

[181]) L. 8. C. d. omni agro des. (11. 59.)

[182]) Вѣдь постановленія относительно fructus percipiendi не могутъ быть строже, чѣмъ относительно fructus percepti. А послѣдніе всегда вознаграждаются только пропорціонально чистому доходу. Hoc fructuum nomine contineri, говоритъ Діоклетіанъ, quod justis sumptibus deductis superest, non ambigitur. L. 46. D. d. usuris. (22. 1.)

constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset [183]).

b) Кто нибудь, принявши на себя обязательство доставить или предоставить производительный фондъ, не исполняетъ своего обязательства, напр. продавшій или купившій впадаетъ in mora, наемщикъ не передаетъ res locata или наниматель не возвращаетъ ее. Здѣсь тоже, относительно отнятыхъ у кредитора производительныхъ силъ и потерянныхъ для него чрезъ это продуктовъ, возвращается только utilitas circa rem ipsam, а не то, что кредиторъ за это время могъ сдѣлать самъ, распоряжаясь производительными силами. Вотъ почему говорится: quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit; quae modo circa rem ipsam consistit. Neque enim si potuit ex vino, puta, negatori et lucrum facere, id aestimandum est [184]). Цѣли покупщика относительно купленныхъ товаровъ безразличны для продавшаго, если онъ на этотъ счетъ не принялъ на себя прямо выраженныхъ или подразумѣваемыхъ [185]) обезпеченій. Если купившій впалъ in mora относительно уплаты покупной цѣны, то продавшій можетъ требовать только процентовъ за просроченное время;

---

[183]) L. 62. § 1. D. d. R. V. (6. 1.)

[184]) L. 21. §. 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

[185]) Подразумѣваемое обезпеченіе всего интереса должникъ принимаетъ на себя въ томъ случаѣ, если напр. онъ обязался доставить товаръ въ опредѣленное мѣсто. L. 2. § 7. 8. D. d. eo quod certo loco. (13. 4.)

это потому, что сумма денегъ сама по себѣ не можетъ давать ничего, кромѣ процентовъ. Venditori, говорится, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit [186]). Точно также и для покупщика безразличны цѣли продавца относительно слѣдуемой ему покупной цѣны. Приведенныя выше указанія римскаго права очевидно заключаютъ въ себѣ общій принципъ, и потому могутъ быть обобщены далѣе предѣловъ одного только покупнаго договора. Они вовсе не противорѣчатъ другимъ указаніямъ [187]). Очевидно, что всѣ эти мѣста говорятъ только о lucrum cessans, которое не подходитъ подъ понятіе вреда (damnum), ни косвеннаго вреда, но подходитъ подъ болѣе высшее и общее понятіе интереса; они не отказываютъ совершенно контрагентамъ въ правѣ на lucrum cessans, но ставятъ на первый планъ вопросъ: что одинъ контрагентъ можетъ требовать какъ lucrum cessans, когда другой контрагентъ по своей mora лишаетъ его въ теченіе опредѣленнаго времени производительныхъ силъ договорнаго объекта; слѣдуетъ ли при исчисленіи потерянныхъ продуктовъ для однаго кредитора принимать въ расчетъ и его предпріимчивость, или же только одну производительность

---

186) L. 19. D. d. peric. (18. 6.)

187) Указанія ad legem Aquiliam не должны быть сюда относимы; сила ихъ, какъ замѣчено выше, имѣетъ свою собственную область.

самаго объекта, безъ всякихъ постороннихъ соображеній? Рѣшеніе такое: предпріимчивость кредитора не берется въ расчетъ [188]). Онъ получаетъ lucrum cessans, но не omne omnino, quod lucrari potuit, а только utilitas circa rem ipsam. И причины этого мы можемъ выразить здѣсь категорически: 1) потому что omne lucrum не можетъ быть опредѣлено съ точностью; 2) потому что должникъ, который въ доставленіи цѣнности впадаетъ in mora, самъ по себѣ и независимо отъ другихъ соображеній, можетъ отвѣчать только за продукты этой цѣнности; наконецъ 3) потому что нельзя предположить у разумнаго контрагента намѣреніе, отвѣчать въ случаѣ mora за всѣ возможные виды прибыли кредитора. Но этимъ еще не сказано, что кредиторъ не получаетъ ничего, кромѣ utilitas circa rem. Безъ сомнѣнія онъ имѣетъ право требовать всѣхъ цѣнностей, которыя потеряны для него косвенно вслѣдствіе mora; но дѣло въ томъ, что и здѣсь цѣли контрагента не принимаются въ соображеніе. Если кто нибудь продаетъ пшеницу, и затѣмъ впадаетъ in mora от-

---

[188]) Римскіе юристы высказываютъ здѣсь тотъ же принципъ, какой имѣетъ силу относительно возвращенія и вознагражденія за fructus percipiendi со стороны malae fidei possesor. Что оба эти вопроса тѣсно связаны между собой и считаются сродными, на это указываетъ надпись Tit. Dig. 22. 1. de usuris et fructibus. Оба эти указанія не возбудили бы и споровъ, если бы ученые не были связаны традиціонной школьной системой и не раздѣляли двухъ ученій, которыя связаны между собой по содержанію и существу.

носительно передачи, то для него не рождается никакихъ обязательствъ изъ того обстоятельства, что купившій имѣлъ въ виду кормить пшеницей рабовъ, и что вслѣдствіе mora рабы вымерли съ голоду [189]). Въ силу договора продавшій долженъ купившему опредѣленную цѣнность въ формѣ пшеницы, но не обезпечилъ для него всѣхъ тѣхъ цѣлей, какія имѣетъ онъ относительно пшеницы.

При damnum injuria datum можетъ случиться, что для потерпѣвшаго вредъ въ теченіе опредѣленнаго времени теряются производительныя силы поврежденной вещи, тогда наступаетъ дѣйствіе Lex Aquilia во всей ея строгости. Потерпѣвшій вредъ получаетъ omne omnino quod lucrari potuisset [190]). Только въ примѣненіи этого закона въ практикѣ видны колебанія—это потому, что по нашему взгляду нельзя въ точности рѣшить вопроса о томъ, что могъ бы сдѣлать потерпѣвшій вредъ съ поврежденной вещью за то время, когда вещь эта была негодна отъ поврежденія. На это намекаетъ и Ульпіанъ: ubi damni injuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit an caperentur. Idemque et in venatoribus et aucupibus probandum [191]).

Юстиніанъ постановилъ, что при разрушеніи опредѣленной цѣнности, весь интересъ не долженъ превышать больше чѣмъ вдвойнѣ разрушенную цѣнность. Если разрушенная цѣнность требуетъ

---

189) cit. L. 21. § 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

190) L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

191) L. 29. § 3. i. f. eod.

опредѣленія, какъ это бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда вредъ причиненъ безъ разрушенія объекта опредѣленной цѣнности, то вознагражденію подлежитъ только тотъ вредъ, какой окажется по опредѣленію. И такъ какъ это постановленіе вообще говоритъ о вознагражденіи интереса, — то и не дѣлаетъ никакого различія между damnum и lucrum. Такимъ образомъ въ первомъ случаѣ, при исчисленіи alterum tantum должно быть включаемо и lucrum cessans, а во второмъ случаѣ должно быть вознаграждаемо только lucrum cessans, какое дѣйствительно окажется по опредѣленію [192]).

Намѣреніе Юстиніана, какъ самъ онъ говоритъ, было двоякое:

1) привести къ опредѣленному размѣру вознагражденіе дѣйствительныхъ поврежденій, чтобы тѣмъ прекратить дододящую in infinitum ликвидацію интереса, которая съ одной стороны была

---

[192]) Cit. l. un. C. (7. 47.) Конституція обнимаетъ omnes casus, и различаетъ только: casus, qui certam habent quantitatem et naturam, и: casus qui incerti esse videntur. Дальнѣйшее различіе между договоромъ и преступленіемъ, между умышленнымъ и неосторожнымъ разрушеніемъ цѣнности не имѣетъ здѣсь мѣста. По этому конституція получаетъ примѣненіе безъ соображенія подобныхъ различій. При покупномъ контрактѣ, въ случаѣ разрушенія res vendita договорная цѣна служитъ нормой для опредѣленія duplum, такъ какъ это pretium есть договорная цѣнность res vendita. Покупщикъ, не соглашаясь на это, сталъ бы въ противорѣчіе съ самимъ собой, и ему можно было бы противупоставить exeptio doli. См. Выпускъ IV. Стр. 24. Сравн. также cit. L. 21. § 3. d. A. E. V. (19. 1.) — pretium tritici.... consequitur.

безчеловѣчна, а съ другой обременяла судей и запутывала процессы. Онъ оправдываетъ такое ограниченіе, понимая вознагражденіе вреда въ смыслѣ poena, и говоритъ:—cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.

2) Свести вознаграждаемый интересъ до размѣровъ дѣйствительнаго поврежденія, въ тѣхъ случаяхъ, если невозможенъ законный предѣлъ вслѣдствіе неопредѣленности самаго объекта, и такимъ образомъ устранить всякое вѣроятное исчисленіе интереса, ut hoc, quod revera inducitur damnum, reddatur. Съ этимъ вмѣстѣ подлежащій вознагражденію косвенный вредъ ограниченъ случаями доказанной причиною связи, а что касается lucrum cessans, прямо устранена претензія на omne omnino quod creditor lucrari potuisset.

V

Вліяніе нравственности на развитіе права.

Подъ „нравственностью“ я понимаю [193]) преобладающее вліяніе филантропіи и справедливости на поступки человѣка. Жизнь подъ господствующимъ вліяніемъ обоихъ этихъ мотивовъ римляне называли: honeste vivere. Филантропіи соотвѣтствуетъ bonum и правило: neminem laede; справедливости соотвѣтствуетъ aequum и правило: suum cuique tribue.

Мы бѣгло укажемъ здѣсь на то вліяніе на развитіе и образованіе гражданскаго права, какое оказываютъ филантропія и справедливость, врожденныя каждому человѣку, но въ своемъ проявленіи задерживаемыя противунравственными побужденіями. Съ предыдущими этюдами этотъ этюдъ вяжется изреченіемъ Бэкона: „богатство—багажъ добродѣ-

[193]) Какъ извѣстно, моралисты не согласны между собой на счетъ этого понятія. Сравн. Шопенгауера брошюра объ основаніи морали.

тели“ [194]), и той неоспоримой истиной, что aequitas можетъ получить настоящее значеніе въ примѣненіи права только при помощи политической экономіи.

1. *Филантропія.*

Благорасположеніе, гумманность, собственно говоря, суть только виды болѣе общаго понятія, именно: любовь ко всему органическому; она прежде всего обнаруживается въ любви къ людямъ и затѣмъ съ развитіемъ образованности распространяется на животныхъ [195]) и растенія. Мало того, есть философы, которые изъ того же источника объясняютъ и удовольствіе при видѣ дѣйствія силъ неорганической природы. Филантропія обнаруживается также въ боли, которую называютъ „сочувствіемъ“ [196]).

Какъ скоро гуманность развита въ значительной степени и стала чертой народнаго характера, она

---

[194]) Serm. fid. XXXIV. Divitiae cognomine magis proprio vocare nequeam, quam ut appellem impedimenta virtutis. Sicut enim se habent impedimenta ad excercitum, ita divitiae advirtutem; quinetiam cura illarum victoriam saepe disturbat.

[195]) Успѣхъ нравственности нашего времени обнаруживается въ законахъ противъ истязаній животныхъ.

[196]) Понятіе, «филантропія» есть понятіе a priori и также мало поддается опредѣленію, какъ и понятіе эмпирическое. Довольно будетъ и того, если съумѣть разъяснить понятіе и наглядно показать значеніе его на примѣрахъ. Аподиктической точности относительно полноты такимъ образомъ добытаго понятія конечно нечего и требовать. Сравн. Кантъ, Критика чистаго разума, 3 изд. Стр. 756. 757.

тотчасъ же начинаетъ обнаруживать вліяніе на право. Постепенно исчезаютъ юридическія нормы и юридическіе институты, противные гуманности. Такъ исчезаетъ безусловная семейная тираннія надъ женой, дѣтьми и рабами. У римлянъ мало по малу исчезаетъ институтъ manus, т. е. строгая власть главы семейства надъ женой; жена постепенно перестаетъ считаться filiae loco, и рядомъ съ мужемъ пріобрѣтаетъ болѣе независимое и болѣе достойное положеніе. Patria potestas надъ нисходящими, первоначально дававшая право выбрасывать и умерщвлять дѣтей, теряетъ свою суровость и filiusfamilias, сначала не болѣе, какъ орудіе пріобрѣтенія для parens, становится способнымъ владѣть своимъ собственнымъ и независимымъ имуществомъ. Невыгодное положеніе эманципированныхъ дѣтей относительно дѣтей состоящихъ еще подъ отеческой властью, и когнатовъ относительно агнатовъ мало по малу устраняется. Наконецъ servitus принимаетъ болѣе и болѣе мягкій характеръ. Гуманность затѣмъ устраняетъ и противныя ей юридическія послѣдствія постановленій права. Такъ напр. возникли юридическія ограниченія собственности; такъ при долговыхъ отношеніяхъ возникло ограниченіе исполненія относительно имущетсва должника, beneficium competentiae и cessio bonorum; такъ относительно положенія: Qui suo jure utitur, neminem laedet, возникла replica doli. Оскорбительные для чести договоры объявлены недѣйствительными. Гуманность далѣе вызываетъ совершенно новые институты права. Сюда принадлежатъ опека и попечительство, обязанность

давать приданое, содержать и погребать ближайшихъ родственниковъ. Далѣе, филантропія обнаруживается въ соображеніи вообще человѣческихъ слабостей, и затѣмъ въ тѣхъ отступленіяхъ отъ строгой послѣдовательности, которыя чрезъ это являются въ правѣ. Сюда принадлежатъ соображеніе возраста, также соображеніе естественнаго легкомыслія женщины, но особенно соображеніе ошибки при юридическихъ сдѣлкахъ и преступленіяхъ. Наконецъ филантропія приводитъ къ уваженію врожденныхъ каждому человѣку чувствъ и наклонностей: чувства религіозности и благочестія, чувства собственнаго достоинства, добраго имени, благопристойности, къ уваженію филантропіи и совѣстливости другихъ, и вотъ является цѣлый источникъ юридическихъ нормъ. Мы укажемъ здѣсь на наказанія за богохульство и помѣху богослуженію; на юридическую защиту, введенную для res sacrae, sanctae, et religiosae; на право устранять отъ наслѣдства дѣтей за грубую съ ихъ стороны непочтительность къ родителямъ; укажемъ также на наказаніе за обиды, за пятнаніе добраго имени, за намѣренно оказанную непристойность, наказаніе за неблагодарность посредствомъ уничтоженія даренія, наказаніе за упреки въ совершеніи преступленій и въ разнаго рода нечестности.

2. *Справедливость.*

Развиваясь постепенно въ народѣ и эта сторона человѣческаго характера также высказываетъ себя въ положительномъ правѣ. Чувство необхо-

димости держать данное слово и платить за оказанное довѣріе [197]) стало у римлянъ источникомъ двухъ важныхъ юридическихъ положеній: 1) Pacta sunt servanda; 2) is natura debet, cujus fidem sequuti sumus. Сюда же относится и соображеніе bona fides. Въ примѣненіи права мало по малу возникаетъ принципъ, что слѣдуетъ соображать не только слова, но и духъ, т. е. намѣреніе законодателя, а это правило повело къ толкованію права и къ аналогіи. Совокупность положительныхъ правилъ, отвѣчавшихъ требованіямъ справедливости, римляне обозначали выраженіемъ „aequitas" [198]). Aequitas является:

1) противуположностью буквѣ закона. „Духъ закона долженъ господствовать надъ буквой закона", вотъ каковъ принципъ императора Константина. Placuit in omnibus rebus praecipuum esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem [199]). Aequitas слѣдовательно здѣсь означаетъ ratio закона, найденное путемъ толкованія. Въ другомъ мѣстѣ мы показали какимъ образомъ политическая экономія даетъ ключъ къ уразумѣнію ratio многихъ законовъ. Политическая экономія есть, слѣдовательно, наука, которая въ области

[197]) «Aequitas» тоже не допускаетъ опредѣленія, и можетъ быть только разъясняема, хотя точность и полнота этого разъясненія всегда допускаетъ сомнѣніе.

[198]) In omnibus quidem, maxime in jure aequitas spectanda est, говоритъ Павелъ, L. 90. D. d. R. J. (50. 17.) Проводится рѣзкое различіе между aequum и licitum, — iniquum и illicitum.

[199]) L. 8. C. d. jud. (3. 1)

ПРИЛОЖЕНІЕ.

1

Логическая и математическая сторона гражданскаго права.

Можно возводить къ философскимъ началамъ юридическія нормы, т. е. изслѣдовать ихъ принципы. Но можно возводить къ философскимъ началамъ и юриспруденцію, т. е. работы юридическаго разума, или изслѣдовать, почему юристы, взявши матеріаломъ для своей мысли юридическія нормы, сдѣлали то и другое, сдѣлали такъ или иначе. Послѣдній видъ юридической философіи есть ничто иное, какъ разъясненіе юридической дѣятельности изъ началъ психологіи, т. е. изъ природы человѣческаго разума. Если данная наука разрабатывается цѣлыя столѣтія, то слѣдуетъ предположить, что на этой области разумъ человѣческій испробовалъ всѣ свои силы, и примѣнилъ ихъ къ дѣлу на столько, сколько допускаетъ свойство самаго предмета. Такой наукой можно воспользоваться для того, чтобы распознать отдѣльныя силы ра-

*

зума, т. е. чтобы сдѣлать психологическія изслѣдованія. Наоборотъ, зная психологію, можно изслѣдовать, что вообще разумъ можетъ сдѣлать въ данной наукѣ, и сдѣлалъ ли на самомъ дѣлѣ. Если съ такой цѣлью обратиться къ юриспруденціи, то предъ нами само собой является очертаніе этой науки, сразу видно, какъ далеко ушла она въ своихъ изысканіяхъ, и что еще ей остается сдѣлать. Съ этой цѣлью я отнесся къ области гражданскаго права, и оказалось, что хотя право слѣдуетъ изучать, но что юриспруденція можетъ быть построена apriori Я нашелъ полезнымъ обнародовать это изслѣдованіе и приложить его здѣсь, такъ какъ оно существенно дополняетъ этюдъ о принципахъ гражданскаго права и служитъ отчетливымъ развитіемъ математической и логической стороны гражданскаго права, упомянутыхъ прежде мимоходомъ.

Взявши матеріаломъ для своей мысли юридическія нормы, человѣческій разумъ необходимо ограничиваетъ свою дѣятельность троякимъ изслѣдованіемъ: изслѣдованіемъ:

1. тождества (различія, сходства).
2. слѣдствія (по аксіомѣ противорѣчія).
3. причинности.

Распоряжаясь этимъ матеріаломъ, разумъ можетъ только:

ad 1: сравнивать,
ad 2: заключать,
ad 3: раскрывать причины и дѣйствія.

Чтобы не запутаться въ этой работѣ, разумъ пользуется своимъ собственнымъ вспомогательнымъ средствомъ. Именно, сознавая неотразимую потреб ность обнимать заразъ мыслью множество различныхъ предметовъ, разумъ, такъ сказать, строитъ орудія, которыя называются „понятіями“, и для удержанія въ памяти они обозначаются особыми терминами. Такимъ образомъ онъ доходитъ до юридическихъ понятій и юридической терминологіи. Всѣ такія понятія суть отвлеченія изъ конкретныхъ представленій. Сюда принадлежатъ понятія: права, (возможность дѣйствовать), юридическаго акта, контрактъ и т. д. Такія понятія разумъ опять можетъ взять матеріаломъ для упомянутаго выше троякаго изслѣдованія. Разумъ изслѣдуетъ:

1. Тождество, различіе, сходство понятій.

2. Слѣдствія понятій по аксіомѣ противорѣчія, т. е. посредствомъ аналитическаго умозаключенія разумъ разлагаетъ данное понятіе на его составныя части.

3. Причинность т. е. разумъ изслѣдуетъ существенныя условія, при которыхъ возможно понятіе (напр. возникновеніе собственности), возможно его исчезновеніе (гибель) и его дѣйствительность (защита).

Чтобы заразъ обнять мысленно множество юридическихъ понятій, напр. понятія договора и завѣщанія, разумъ составляетъ высшія понятія, напр. понятіе юридическаго акта (Rechtsgeschäft), которыя опять являются только отвлеченіями изъ конкретныхъ представленій.

Такимъ образомъ въ указанной троякой дѣятельности разумъ имѣетъ дѣло или 1) прямо съ юридическими нормами или 2) съ юридическими понятіями.

Отъ природы человѣкъ имѣетъ склонность приводить въ порядокъ представляющіяся подробности, т. е. групировать то, что можетъ быть группировано. Далѣе, человѣкъ имѣетъ склонность изъ массы отдѣльныхъ матеріаловъ выводить зданіе, или, какъ выражаются, обращаться архитектонически съ матеріаломъ. Порядокъ и система это совсѣмъ не одно и тоже. То, что приведено въ порядокъ, не есть еще система, и съ другой стороны система можетъ быть очень безпорядочной, если стать искать въ ней группировки матеріала по сходству и различію. Если масса матеріаловъ приведена въ порядокъ и затѣмъ выстроена система, отдѣльныя части могутъ существенно измѣнить свое положеніе. Юридическія понятія, по самой природѣ своей, могутъ только быть приведены въ порядокъ; напротивъ относительно юридическихъ нормъ возможенъ не только порядокъ, но и система.

Рубрики для порядка называются схемой. Такимъ образомъ относительно юридическихъ нормъ возможна схема и система. Система отличается отъ схемы тѣмъ, что она составляетъ единство, въ которомъ одна часть связана съ другой,—она отличается также своимъ постоянствомъ. Схемы могутъ быть различны, но система можетъ быть только одна.

Въ схему юридическихъ нормъ можетъ войти

весьма немного самыхъ обширныхъ по содержанію рубрикъ. Такую схему римляне начертили въ положеніи: omne jus pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones. Системы же юридическихъ нормъ у Римлянъ нѣтъ; въ предѣлахъ своей общей схемы они схематизируютъ юридическія понятія и косвенно, значитъ, схематизируютъ и юридическія нормы. У новыхъ юристовъ тоже есть только схемы, и никакой системы.

Такъ какъ порядокъ, какъ и систематизація, лежитъ въ человѣческой природѣ, слѣдовательно есть слѣдствіе естественной склонности, то слѣдовательно и то и другое имѣетъ свою выгоду, и по этой причинѣ можетъ совершаться цѣлесообразно, т. е. можетъ быть дѣломъ разума. Схема и система помогаютъ памяти; но система не такъ обременительна для памяти, какъ схема; она даетъ возможность развивать юридическія нормы, тогда какъ при схемѣ ихъ пришлось бы заучивать.

Постройка системы изъ юридическихъ нормъ возможна только въ томъ случаѣ, если имѣть въ виду ея цѣль. Спеціальныя цѣли подчиняются болѣе высшимъ (т. е. болѣе общимъ) цѣлямъ и наконецъ соединяются всѣ въ самой высшей (т. е. самой общей) цѣли „общественнаго блага“. Римскіе юристы не допускали никакого изслѣдованія относительно ratio юридическихъ нормъ, считая невозможнымъ рѣшеніе такой задачи, и понятно послѣ этого, что они не могли создать системы гражданскаго права. Такому же взгляду слѣдуютъ и новые юристы. Въ другомъ мѣстѣ мы показали, что въ настоящее время возможны изслѣдованія

относительно rationes. Но чтобъ не впасть въ заблужденіе, нужно очень осторожно приниматься за подобную работу, слѣдуя тому правилу, которое Бэконъ выставилъ для изслѣдованій въ области физики: постепенно отъ ближайшаго ratio нужно восходить къ болѣе высшему, а не перескакивать сразу къ высшей цѣли данной нормы, и потомъ уже изъ этой цѣли выводить болѣе спеціальныя rationes. Разсмотримъ же точнѣе, что можетъ дѣлать разумъ съ юридическими нормами и юридическими понятіями.

ГЛАВА I.

Юридическія нормы.

I. Какъ предметъ сравненія съ цѣлью раскрыть тождество, сходство или различіе.

Тутъ возможны слѣдующіе разнообразные пріемы.

§ 1.

Юридическія нормы сравниваются съ другими нормами. Этимъ путемъ открывается понятіе юридической нормы. Описаніе этого понятія называется опредѣленіемъ. Нормы, составляющія противуположность нормамъ права, можно обозначить общимъ выраженіемъ естественныхъ законовъ. Эти законы выражаютъ принужденіе, которому человѣкъ подчиненъ непосредственно, въ

противуположность тому принужденію, которое исходитъ изъ человѣческихъ установленій. Принудительная власть естественныхъ законовъ отчасти лежитъ внѣ человѣка (законы физики [1]), отчасти же въ немъ самомъ, т.е. въ особенной организаціи его душевной жизни, и обнаруживается болѣе или менѣе сильными **инстинктами**, которые связаны одинъ съ другимъ, но борются и поддерживаютъ другъ друга, и толкаютъ человѣка къ опредѣленному дѣйствію или бездѣйствію, смотря по тому какъ исходъ принимаетъ ихъ борьба между собою. Регуляторъ этихъ инстинктовъ (которые, по Бэкону, могутъ быть опредѣлены количественно, умъ, — въ этой дѣятельности онъ называется разумомъ. Разумъ, опредѣляя послѣдствія даннаго дѣйствія, доходитъ до правилъ, которыя называются законами морали [2]) въ томъ случаѣ, если они предписываютъ, чтобы человѣкъ постоянно слушался голоса гуманности и справедливости.

§ 2.

Юридическія нормы сравниваются **между собою**. Этимъ путемъ открываются составныя части данной юридической нормы. Именно, сравнивая между собой юридическія нормы, становится очевиднымъ, что

---

[1]) Относительно отдѣльнаго человѣка возможно принужденіе, выходящее изъ особенной организаціи «общества», и котораго избѣжать невозможно. Законы, ведущіе къ такому принужденію совершенно аналогичны съ законами физики.

[2]) Ближайшее раскрытіе противуположности между природою и правомъ см. во II прибавленіи.

въ нихъ съ опредѣленнымъ фактомъ соединяется опредѣленное постановленіе, что слѣдовательно, каждая юридическая норма состоитъ изъ двухъ частей—фактическаго предположенія и объявленія воли государства, или короче: изъ Factum и Jus [3]). Такая операція, посредствомъ которой раскрываются части юридической нормы, называется анализомъ ея понятія. Дальнѣйшее сравненіе:

1) разнообразныхъ фактическихъ предположеній, лежащихъ въ основаніи юридическихъ нормъ, показываетъ, что эти предположенія состоятъ или изъ человѣческихъ дѣйствій, или изъ другихъ фактовъ. Такія дѣйствія, съ которыми связаны юридическія послѣдствія, называются юридическими. Затѣмъ открывается, что эти дѣйствія бываютъ или односторонними, напр. предсмертныя распоряженія, или же двусторонніи. Далѣе, многія изъ двустороннихъ дѣйствій имѣютъ прямой цѣлью повести къ опредѣленному юридическому послѣдствію. Они называются юридическими сдѣлками. Многія изъ юридическихъ дѣйствій опять отличаются тѣмъ, что заключаютъ въ себѣ согласную волю и согласное изъявленіе воли многихъ лицъ. Такія сдѣлки суть договоры. Такимъ образомъ возникаетъ рядъ юридическихъ понятій и ихъ классификація, а вмѣстѣ съ тѣмъ и обзоръ всѣхъ фактическихъ предположеній, входящихъ въ составъ юридическихъ нормъ [4]).

---

[3]) Кирульфъ, Theorie des gem. Civilrechts. Bd. 1. Стр. 28.
[4]) Пухта Pand. §. 49. 54.

2) Сравненіе разнообразныхъ юридическихъ опредѣленій, выражающихся въ юридическихъ нормахъ, показываетъ, что всегда эти нормы установляютъ принужденіе. Гарантированная государствомъ возможность принудить каждаго къ дѣйствію или бездѣйствію въ данномъ случаѣ называется правомъ или предоставленіемъ (Befugnisz), а съ этимъ связано и соотвѣтствующее понятіе обязанности.

§ 3.

Сравниваются между собой юридическія нормы различныхъ народовъ. Этимъ путемъ открывается различіе и сходство права этихъ народовъ. Такая операція, которую называютъ сравнительной юриспруденціей, приводитъ къ убѣжденію, что во многихъ юридическихъ нормахъ съ однимъ и тѣмъ же фактическимъ предположеніемъ связываются различныя опредѣленія, и этимъ же путемъ познается то, что составляетъ отличительный характеръ права даннаго народа. Древніе римскіе юристы этимъ путемъ открыли свое Jus proprium Romanorum, и сообразно съ этимъ всю массу своихъ юридическихъ нормъ раздѣлили на jus civile и jus gentium [5]).

§ 4.

Сравниваются юридическія нормы одного и того же народа, и притомъ:

1) Юридическія нормы дѣйствующаго права.

---

[5]) Сравн. мои этюды: National Ekonomie und Jurisprudenz, I. Стр. 6.

При этомъ оказывается, что въ разныхъ мѣстахъ одного и того же государства съ однимъ и тѣмъ же фактическимъ предположеніемъ связываются различныя постановленія права.

a) Въ нѣкоторыхъ географически отдѣленныхъ округахъ государства. Особенности этаго рода обозначаются общимъ именемъ: „партикулярное право", въ противуположность общему праву.

b) Относительно нѣкоторыхъ классовъ лицъ или вещей. Эти особенности обозначаются выраженіемъ: Jus singulare или privilegia, различая затѣмъ: privileg. personale и reale Противуположность (общее правило) называется jus commune.

c) Оказывается, что многія юридическія нормы при всемъ разнообразіи ихъ фактическихъ предположеній, все таки имѣютъ нѣкоторые общіе фактическіе моменты, какъ свое предположеніе. Когда всѣ юридическія нормы будутъ приведены въ порядокъ сообразно съ этими предпоженіями, то получится схема. Какъ замѣчено уже выше, римскіе юристы построили такую схему; но новые юристы бросили эту такъ называемую систему институцій [6]), какъ совершенно безполезную.

2) Сравниваются нормы современнаго дѣйствующаго права съ нормами временъ прошедшихъ. Этимъ путемъ открывается, какъ первоначально съ опредѣленнымъ фактомъ было связано опредѣленное jus, и какъ потомъ постепенно измѣнялось постановленіе права, или же пополня-

---

[6]) Gai. I. §. 8.

лось и измѣнялось фактическое предположеніе, а опредѣленіе права оставалось тоже самое. Такимъ образомъ получается исторія данной юридической нормы и права вообще. Этотъ видъ исторіи права можно назвать внѣшней или механической, потому что здѣсь отдѣльныя измѣненія не связываются между собой какъ дѣйствія опредѣленныхъ причинъ, отдѣльные моменты развитія не соединяются между собой по закону причинности. Такая исторія не имѣетъ никакого значенія, она забавляетъ только педантовъ да антикварныхъ крысъ. Значеніе, т. е. пользу, имѣетъ только та исторія права, которая современное право объясняетъ правомъ прошедшаго времени по закону причинности [7]).

§ 5.

Абстрактный фактъ, составляющій фактическое предположеніе данной юридической нормы, сравнивается съ фактомъ, представляющимся in concreto, чтобы узнать, возможно ли примѣненіе взятой юридической нормы къ этому конкретному факту. Если изъ сравненія окажется

---

[7]) Такъ называемая историческая школа на знаетъ какъ и хвастаться тѣмъ, что до тошноты разработывала эту механическую исторію права. Этимъ она оказываетъ страшное давленіе на духовное развитіе нашихъ молодыхъ юристовъ, и принуждаетъ ихъ не только тратить свое лучшее время на пустяки, но дѣлаетъ ихъ неспособными относиться съ свѣжимъ и живымъ пониманіемъ къ современнымъ отношеніямъ, занимая неугомонно умъ молодежи созерцаніемъ того, что было за царя гороха.

полное согласіе, то такая операція называется „подведеніемъ“. Конкретный случай подводится подъ соотвѣтствующую норму права. Если же вмѣсто тождества окажется только сходство, все таки, какъ покажемъ ниже (§ 13), юридическая норма можетъ найти примѣненіе. Такое примѣненіе называется аналогическимъ, въ противуположность непосредственному. Подведеніе, будетъ ли оно непосредственное или путемъ аналогіи, есть уже дѣло практика. Дѣло же теоретика расположить, представить и указать историческій ходъ права.

II. Юридическія нормы какъ предметъ умозаключенія.

§ 6.

Изъ юридическихъ нормъ можно дѣлать выводы, т. е. данную юридическую норму можно разложить на отдѣльныя, заключающіяся въ ней нормы. Чтобы узнать, дѣйствительно ли юридическая норма содержитъ въ себѣ нѣсколько нормъ, часто нужны особыя свѣдѣнія, напр. отчетливыя экономическія понятія. Чтобы изъ нѣкоторыхъ юридическихъ нормъ сдѣлать выводы, нужно знать, что наемъ есть купля, что societas productiva заключаетъ въ себѣ обмѣнъ цѣнностей [8]), Такихъ выводовъ не должно смѣшивать съ умозаключеніями ex ratione legis. Путемъ вывода не образуются новыя юридическія нормы, но только выдѣляются тѣ, какія

[8]) Выпускъ II. Стр. 42.

уже есть. Наоборотъ, рядъ юридическихъ нормъ можно свести къ одной общей нормѣ, относительно которой онѣ не болѣе, какъ логическій выводъ. Напр. цѣлый рядъ юридическихъ нормъ можетъ считаться ни болѣе, какъ однимъ только выводомъ изъ общей нормы: „никто не долженъ возвращать больше, чѣмъ сколько получилъ.“ И для этого тоже иногда нужны особыя свѣдѣнія, напр. знать, что всѣ мѣновые договоры имѣютъ цѣлью взаимное предоставленіе цѣнностей [9]). Такія общія нормы [10]), изъ которыхъ съ логической необходимостью вытекаютъ другія нормы, можно назвать логическими принципами въ отличіе отъ принциповъ иного рода.

III. Юридическія нормы какъ фактъ закона причинности.

§ 7.

На юридическую норму можно смотрѣть какъ на дѣйствіе данной причины. Причины эти бываютъ двоякаго рода. Онѣ могутъ заключаться

1) въ напорѣ фактическихъ отношеній. Такъ, когда общество переходитъ изъ состоянія экономической изолированности къ состоянію раздѣленія труда множество юридическихъ нормъ становится неотразимой необходимостью.

2) Въ свободномъ рѣшеніи законодателя. Вотъ почему относительно закона причинности

---

[9]) Выпускъ III. Стр. 42. 43. Выпускъ IV. Стр. 28 слѣд.
[10]) См. ниже § 12.

слѣдуетъ различать причины и мотивы юридическихъ нормъ. И то и другое римскіе юристы обозначали выраженіемъ: ratio legis. Выраженіе очень удачно въ томъ отношеніи, что указываетъ на присущую закону разумность, т. е. на его цѣлесообразность и обозначаетъ законъ какъ продуктъ осмысленной рѣшимости. Но когда нужно оправдать юридическую норму ея логическимъ основаніемъ (§ 6.), т. е. аксіомой противорѣчія, римскіе юристы употребляютъ другое выраженіе, обыкновенно эпитетъ naturalis или naturaliter. Naturalis ratio [11]) означаетъ логическое основаніе закона. Обязательство возвратить то, что получено безъ всякаго основанія, основывается на чисто логическомъ выводѣ; вотъ почему о такомъ должникѣ юристы говорятъ naturaliter debet [12]). Но не всегда юридическая норма бываетъ продуктомъ осмысленной рѣшимости; часто она возникаетъ изъ побужденій чисто нравственнаго чувства. Въ такихъ случаяхъ мотивъ нормы римляне выражаютъ словами: quia humanum est; quia bonae fidei consentiens est [13]) etc. Спрашивается, какъ открыть ratio legis, когда послѣднее не выражено въ законѣ. Какъ рѣшить этотъ вопросъ мы показали выше [14]).

Такимъ образомъ сведеніе каждой юридической нормы къ ея ratio часто бываетъ весьма затруд-

---

[11]) Gai. II. § 79.

[12]) L. 5. pr. D. auct. toturis. (26. 8.)

[13]) L. 2. e. d. resc. vend. (4. 44.)

[14]) См. выше стр. 5 слѣд.

нительно, и мы прямо скажемъ. что до настоящаго времени многимъ юристамъ рѣшительно не давалось это умѣнье. Но съ другой стороны совершенно не справедливо вообще отклонять другихъ отъ такой работы по той причинѣ, что будто бы „отъ этаго право потеряетъ всякую устойчивость". Врядъ ли что нибудь можетъ быть неустойчивѣе современнаго гражданскаго права. Въ этомъ легко убѣдиться, стоитъ только взглянуть на книги, напр. на пандекты Вангеровъ, стоитъ только вспомнить, что уже давно явилась надобность составлять лексиконы спорныхъ вопросовъ, что рѣшеніе спорныхъ случаевъ часто зависитъ отъ личнаго вкуса судьи. Напротивъ неустойчивость права можетъ быть устранена только тогда, когда мы серьозно займемся раскрытіемъ ratio, т. е. цѣли юридическихъ нормъ. Но приниматься за такое дѣло не слѣдуетъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ къ этому пріобрѣтено надлежащаго умѣнья; безъ него работа, какъ и всякое шарлатанство, только увеличитъ зло. Только вглядываясь въ цѣль юридической нормы, и только этимъ путемъ, мы получаемъ возможность раскрыть истинное содержаніе не полно выраженной нормы, иначе: только этимъ путемъ мы получаемъ возможность приняться за толкованіе закона. Ratio юридической нормы рѣшаетъ вопросъ, удачно или неудачно она выражена, слѣдуетъ ли распространять или ограничивать ея содержаніе, открывающееся изъ словеснаго выраженія; нужно ли, какъ говорятъ, толковать норму, распространительно или ограничительно. Понятно само собой, что въ тѣхъ случаяхъ, когда не смотря на все изслѣдованіе,

ratio остается сомнительнымъ, строго слѣдуетъ держаться словесной формы выраженія. Это общее правило: въ сомнительныхъ случаяхъ (т. е. относительно ratio) слѣдуетъ толковать ограничительно. Содержаніемъ юридической нормы въ такомъ случаѣ слѣдуетъ считать только то, что можетъ быть доказано на основаніи словесной формы. Нечего и говорить, что путемъ распространительнаго толкованія не возникаетъ новой юридической нормы [15]).

§ 8.

Если путемъ механическаго сравненія современныхъ юридическихъ нормъ съ нормами временъ прошедшихъ, окажется, что одно и тоже фактическое отношеніе въ теченіи времени подвергалось опредѣленію различныхъ нормъ, или же съ неизмѣннымъ фактическимъ предположеніемъ связывались различныя нормы, въ такомъ случаѣ можно изслѣдовать основанія такихъ послѣдовательныхъ измѣненій юридической нормы, такъ что эти измѣненія получаютъ характеръ дѣйствій извѣстныхъ причинъ. Этимъ путемъ рядомъ съ внѣшней исторіей (§ 4.) возникаетъ внутренняя исторія права. Такая исторія, какъ ни поучительна и какъ ни важна была бы она для юристовъ настоящаго времени, остается нерѣшенной проблемой, даромъ что существуетъ школа, величающая себя исторической. Понятно, что для рѣшенія этой проблемы, нужна та же подготовка, какую мы признали необходимой

---

[15]) Распространительное толкованіе имѣетъ цѣлью только вполнѣ раскрыть, что хотѣлъ сказать законодатель.

для того, чтобы умѣть сводить къ ratio юридическія нормы.

§ 9.

Со стороны закона причинности юридическія нормы могутъ представляться не только какъ дѣйствія опредѣленныхъ причинъ, но и какъ причины извѣстныхъ дѣйствій. Подобно хорошему или дурному лекарству, каждая норма проникаетъ въ организмъ общества и вызываетъ за собой хорошія или дурныя послѣдствія. И эти послѣдствія тоже могутъ быть раскрыты и притомъ тѣмъ же самымъ путемъ, какъ и причины юридическихъ нормъ. Будь это невозможно, въ такомъ случаѣ не была бы возможна и внутренняя исторія права, охарактеризованная ближе въ § 8. Въ самомъ дѣлѣ, чтобы связать между собой всѣ послѣдовательныя измѣненія даннаго закона по закону причинности, я долженъ показать всѣ тѣ дѣйствія на общественный организмъ, какія данный законъ оказывалъ, принимая въ теченіи времени различныя формы. Это потому, что каждое измѣненіе имѣло цѣлью — восполнить недостаточность дѣйствія закона въ прежней формѣ, или устранить это дѣйствіе, если оно было дурно. Такимъ образомъ, относительно дѣйствующаго современнаго права, можно дойти до критики права и до возможности предлагать реформы въ законодательствѣ.

§ 10.

Непрерывное сравненіе и умозаключеніе, съ цѣлью открыть тождество, различіе или сходство

вещей, или же съ цѣлью открыть между ними отношеніе причинности, или же съ тѣмъ, чтобы привести ихъ въ порядокъ или въ систему, называется мыслью, а когда матеріаломъ служатъ юридическія нормы—юридической мыслью [16]). Если юридическая мысль имѣетъ цѣлью рѣшить юридическій вопросъ, то называется юридическимъ изложеніемъ (Raisonnement), а если послѣднее имѣетъ цѣлью убѣдить кого нибудь въ правильности рѣшенія юридическаго вопроса,—называется дедукціей или юридической дедукціей [17]). Эта дедукція бываетъ теоретической, когда данный вопросъ только постановляется, и практической, когда идетъ дѣло о рѣшеніи юридическаго вопроса, представляющагося дѣйствительно in concreto. Дедукціи судей суть основанія приговоровъ, дедукціи адвокатовъ составляютъ юридическія объясненія въ отвѣтныхъ бумагахъ тяжущихся сторонъ.

§ 11.

Сочетанія мыслей и умозаключеній могутъ возникать такъ быстро, что человѣкъ и самъ не можетъ прослѣдить всю связь мыслей, и ему иногда кажется будто мысль нисходитъ къ нему по вдох-

---

[16]) Такъ называемый «юридическій смыслъ» есть ничто иное, какъ смыслъ вообще; впрочемъ многіе думаютъ, что человѣкъ, имѣя смыслъ вообще, можетъ не имѣть юридическаго смысла.

[17]) Есть юридическія нормы (сравн. ниже § 17), которыя не допускаютъ дедукціи; онѣ познаются непосредственно.

новенію свыше. Такіе моментально возникающіе результаты мысли, называемые обыкновенно „наитіемъ", называются идеями. Какъ и всякій результатъ мысли, онѣ могутъ быть истинными и ложными. Изслѣдованіе относительно истинности или ложности идеи, состоитъ въ томъ, что раскрывается и обнимается сознаніемъ та связь умозаключеній, результатомъ которой была данная идея. Особенность идей въ томъ, что онѣ возникаютъ мимовольно. Идея слѣдовательно есть какъ разъ противуположность тѣмъ результатамъ, которые бываютъ плодомъ заранѣе обдуманнаго изслѣдованія. Такимъ образомъ при помощи умозаключеній можно доходить до истины двоякимъ путемъ:

1) изслѣдуя и находя, или

2) схватывая идею и изслѣдуя потомъ ея вѣрность.

Въ послѣднемъ случаѣ дѣлается, значитъ, открытіе. Послѣ этого ясно, что такое юридическія идеи, что такое юридическое открытіе. Мысль, напр., что принятіе римскаго права въ Германіи было необходимымъ слѣдствіемъ внезапнаго измѣненія фактическихъ отношеній Германіи, эта мысль— юридическая идея, и если будетъ доказана ея истинность, она станетъ юридическимъ открытіемъ.

§ 12.

Рядъ юридическихъ нормъ можетъ удовлетворять одной и той же практической потребности,

т. е. имѣть одну и ту же цѣль, напр. содѣйствовать мѣновому обороту, кредиту. Открывши такую общую цѣль, мы получаемъ положеніе, которое можно назвать юридическимъ принципомъ. Юридическія нормы, связанныя между собою общностью цѣли, называются юридическимъ институтомъ. Всѣ отдѣльныя юридическія нормы, относящіяся къ институту, выводятся изъ одного принципа по аксіомѣ противорѣчія, т. е. онѣ являются логическими выводами изъ одного принципа [18]). Такіе принципы гражданскаго права суть или экономическаго или этическаго свойства [19]). Иначе: всѣ юридическія нормы имѣютъ цѣлью удовлетворить или требованіямъ политической экономіи или морали. Требованія морали суть гумманность и справедливость. Юридическіе принципы, будучи принципами морали, не могутъ быть разложены дальше и всѣ нормы, основанныя на этихъ принципахъ, распредѣляются въ двухъ классахъ. Напротивъ, юридическія нормы, заключающія въ себѣ экономическія положенія, могутъ быть разлагаемы, и наоборотъ, могутъ быть сводимы къ болѣе высшимъ принципамъ. Этимъ путемъ малые институты соединяются въ болѣе крупные и такъ далѣе.

---

[18]) Сравн. выше Этюдъ 1-й. Тутъ указанъ рядъ юридическихъ институтовъ и юридическихъ нормъ, которые связаны между собою общею цѣлью и являются выводами одного принципа.

[19]) Здѣсь нужно замѣтить, что экономическій принципъ есть не то, что общее положеніе, къ которому можно свести рядъ юридическихъ нормъ, руководясь экономическими свѣдѣніями и понятіями. Сравн. § 6.

§ 13.

Если найденъ принципъ юридической нормы, то по аксіомѣ противорѣчія можно развить другія нормы, и они будутъ тоже юридическими, если только это не запрещено прямо. Напр. юридическая норма, что взявшій порученіе обязанъ касательно переданныхъ ему цѣнностей дать отчетъ поручившему,—эта норма основывается на экономическомъ принципѣ, что государство по возможности должно устранять всякое недовѣріе, которое можетъ мѣшать кредиту цѣнностей,—а отсюда уже общее правило: что всякій, получившій чужую цѣнность, намѣреваясь что нибудь съ ней дѣлать, обязанъ давать отчетъ, а слѣдовательно и conductor operis [20]). Такой пріемъ называется аналогіей. Если при этомъ совершается умозаключеніе, изъ котораго возникаетъ новая юридическая норма,— умозаключеніе отъ ближайшаго принципа закона, — то пріемъ называется аналогіей закона; если же умозаключеніе дѣлается отъ высшаго принципа—называется аналогіей права. Такимъ образомъ различается примѣненіе закона прямое и непосредственное. Такъ въ выше приведенномъ примѣрѣ, обязанность взявшаго порученіе—давать отчетъ, аналогически распространяется и на conductor operis. При аналогическомъ примѣненіи

---

[20]) Здѣсь слѣдуетъ замѣтить, что аналогическое примѣненіе юридической нормы, основанной на экономическомъ принципѣ, различно отъ простаго вывода, сдѣланнаго съ помощью экономическихъ понятій.

юридической нормы, основанной на принципѣ морали, основаніе можетъ быть только одно: quia aequum est [21]). Такія юридическія нормы, добытыя путемъ аналогіи, основываются на дедукціи юристовъ. Такимъ образомъ, въ дополненіе къ сказанному выше (§ 6). теперь открывается, что все право, добытое путемъ дедукціи, двоякаго рода. Оно состоитъ или

1) Изъ чисто аналитическихъ положеній, именно въ томъ случаѣ, когда положеніе, добытое путемъ дедукціи, не заключаетъ въ себѣ ничего новаго. Напр., всякаго рода вмѣшательства женщинъ въ договоры недѣйствительны, слѣдовательно и поручительство женщины тоже недѣйствительно.

2) Изъ синтетическихъ положеній, когда аналогія ведетъ къ тому, что добытое путемъ дедукціи положеніе, заключаетъ въ себѣ нѣчто такое, чего нѣтъ въ юридической нормѣ, которая примѣняется аналогически и послужила основаніемъ дедукціи [22]).

---

[21]) Напр., юридическая норма, что продавшій защищается противъ laesio enormis, прямо держится на гуманности (quia humanum est). Аналогическое примѣненіе этой же нормы и относительно купившаго должно имѣть мѣсто потому, quia aequum est. Иначе было бы противорѣчіе, очевидное для всякаго, и котораго ни какъ не могъ бы объяснить законодатель.

[22]) По этой причинѣ можно и право юристовъ считать источникомъ права, хотя это и оспариваютъ нѣкоторые, напр. Кирульфъ.

§ 14.

Изъ сказаннаго до сихъ поръ открывается, что нормы гражданскаго права выходятъ изъ экономическихъ, этическихъ и логическихъ основаній, или, что тоже, принципы гражданскаго права трояказго рода. Но есть еще юридическія нормы, которыя не могутъ быть сведены ни къ причинѣ, ни къ мотиву, и не основываются на логическомъ умозаключеніи; это положенія математики въ формѣ юридическихъ нормъ, которыя слѣдовательно безусловно необходимы по математическому основанію. Въ самомъ дѣлѣ, какъ скоро законодатель дѣлаетъ опредѣленія о томъ, что подходитъ подъ понятіе количества, онъ долженъ соображать общія положенія математики. Есть юридическія нормы, въ которыхъ выражена ни больше, какъ только аксіома: всякая величина равна сама себѣ. Сюда принадлежатъ всѣ тѣ юридическія нормы, которыя выше я подвелъ подъ формулу: никто не можетъ платить больше, чѣмъ сколько получилъ. Но иногда довольно затруднительно доказать, что та или другая юридическая норма, есть ни больше какъ выводъ изъ простаго математическаго основанія [23]). Ниже, во второй главѣ, мы увидимъ, что права могутъ представляться какъ величины и есть юридическія нормы, которыя указываютъ на такое количественное отношеніе; эти нормы тоже основываются на какомъ нибудь математическомъ правилѣ. Понятно послѣ

[23]) Срав. вып. IV. стр. 28—39.

этого, что нельзя подвести подъ одинъ общій принципъ всѣ эти четыре элемента, и что въ этомъ смыслѣ невозможна система гражданскаго права. Система здѣсь можетъ быть построена развѣ такъ, что одинъ изъ четырехъ элементовъ будетъ приведенъ въ систему, а три остальные привяжутся къ нему. Мы выше показали, почему только экономическая часть можетъ послужить основаніемъ системы, тамъ же подробно разсмотрѣли вопросъ, какимъ образомъ привязать три другія группы нормъ.

ГЛАВА II.

Юридическія понятія.

I. Какъ предметъ сравненія.

§ 15.

Сравнивая юридическія понятія между собою, можно точно обозначить ихъ границы и узнать, имѣетъ ли данное понятіе свою собственную сферу, или же вполнѣ или отчасти оно проникаетъ въ сферу другаго понятія. Такимъ образомъ сразу получается опредѣленіе и классификація фактическихъ предположеній юридическихъ нормъ, и затѣмъ опредѣленіе и классификація отдѣльныхъ правъ. Чрезъ это косвенно установляется и классификація самихъ юридическихъ нормъ.

§ 16.

Право есть возможность принужденія. Если сравнить между собою отдѣльныя права и посмотрѣть, въ чемъ состоитъ принужденіе, то выдѣлится множество правъ, въ силу которыхъ можно всякаго принудить дать или оставить предметъ, имѣющій цѣнность. Такимъ образомъ мы признаемъ права какъ идеальные суррогаты цѣнностей, и совокупность такихъ правъ мы подводимъ подъ понятіе имущественныхъ правъ. Объектъ, суррогатомъ котораго является право, называется объектомъ права. Сравнивая между собою объекты права, мы находимъ, что они бываютъ или вещи, или производительныя силы (пользованіе) капитала или труда. Часто непосредственнымъ объектомъ права бываетъ тоже право, которое все таки имѣетъ свой эквивалентъ въ реальной цѣнности. Имущественнымъ правамъ противуполагаются тѣ права, объектъ которыхъ не имѣетъ цѣнности. Таковы права супруговъ относительно другъ друга, права родителей и дѣтей, и родственниковъ между собою, права, обозначаемыя терминомъ: „семейное право“. Относительно имущественныхъ правъ мы далѣе открываемъ, что при одинаковости объектовъ они могутъ быть съ большимъ или меньшимъ содержаніемъ, т. е. могутъ заключать въ себѣ болѣе или менѣе предоставленій; наконецъ, что они могутъ имѣть различную силу. Понятно, что всѣ имущественныя права подпадаютъ подъ понятіе величины, количества, и притомъ

въ трояком отношеніи. Величина правъ бываетъ экстензивная, интензивная и эффективная.

II. Какъ предметъ умозаключенія.

§ 17.

Если права—величины, то они подчиняются общимъ правиламъ математики, и могутъ быть сравниваемы между собою какъ величины. Изъ примѣненія къ правамъ положеній математики возникаютъ положенія, которыя необходимо являются юридическими нормами. Вѣдь права суть понятія, добываемыя путемъ отвлеченія изъ юридическихъ нормъ; будучи величинами, права представляются такими и законодателю, а это ведетъ за собой своего рода послѣдствія [24]). Прежде всего сравнимъ:

А. Права, какъ величины относительно другъ друга.

1. Какъ экстензивныя величины.

§ 18.

Мы находимъ, что одно право можетъ быть больше другаго, по своему объекту; напр. одно

[24]) Есть юридическія нормы, признаніе которыхъ есть математическая необходимость; онѣ основываются на непосредственномъ воззрѣніи, какъ аксіомы математики. Отсюда слѣдуетъ: 1) такія нормы внѣ всякихъ колебаній, и потому относительно ихъ нѣтъ надобности въ тѣхъ пра-

долговое требованіе больше другаго. И такъ какъ всѣ объекты имущественныхъ правъ могутъ быть выражены абстрактно въ своей цѣнности, то сравненіе по объекту возможно относительно всѣхъ разнообразныхъ имущественныхъ правъ.

2. Какъ интензивныя величины.

§ 19.

Если мы сравнимъ разнообразное содержаніе имущественныхъ правъ, то прежде всего выдѣлится группа правъ, которыя ограничиваются uti frui относительно вещей. Такъ выдѣляется право полнѣйшаго распоряженія отъ права пользованія, и послѣднее опять развѣтвляется на права, направленныя на одно uti или frui, смотря потому, какъ далеко простирается пользованіе.

3. Какъ эффективныя величины.

§ 20.

Мы находимъ:

а) что нѣкоторыя права дѣйствуютъ вообще, а другія только относительно опредѣленныхъ лицъ,

---

вилахъ осторожности, которыя выставлены относительно regulae juris въ I ч. D. d. R. I. (50. 17.) 2) такъ называемое право юристовъ не только добывается путемъ дедукціи, но основывается и на непосредственномъ воззрѣніи. Сравн. выше § 14. и § 19.

иначе—что принужденіе направляется противъ всякаго или только противъ извѣстныхъ лицъ. Римскіе юристы, представляя себѣ права въ состояніи нарушенія, обозначаютъ ихъ выраженіемъ actiones, а указанное различіе правъ выражаютъ терминами actio in rem и actio in personam. Такъ какъ права первой группы имѣютъ своимъ объектомъ вещь, они называются вещными правами, а послѣднія, по своему содержанію (§ 19), раздѣляются на dominium и jus in re aliena, а послѣднія опять дѣлятся на emphytensis, superficies, servitus и pignus. Такимъ образомъ математическое разсмотрѣніе имущественныхъ правъ приводитъ къ классификаціи вещныхъ правъ, которую мы находимъ во всѣхъ учебникахъ гражданскаго права.

§ 21.

Мы находимъ:

b) что нѣсколько лицъ относительно одной и той же вещи имѣютъ одно и тоже право (по содержанію), и эти права различаются между собою только по своей дѣйствительности. Такъ различаются: владѣніе, право публиціанское, собственность на вещь. Собственникъ вытѣсняетъ bonae fidei possessor'a, этотъ—просто possessor'a, послѣдній — всякаго другаго.

§ 22.

Мы находимъ далѣе:

c) что нѣкоторыя права не имѣютъ исковой

силы, и могутъ получить силу только путемъ возраженія (exceptio). Обязательственныя права такого рода римляне называли: obligationes naturales въ противуположность civiles.

§ 23.

Мы находимъ затѣмъ:

d) права, которыхъ дѣйствительность связана условіемъ или срокомъ. Наступленіе дѣйствія права римляне выражаютъ: dies venit, въ противуположность одному только существованію права: dies cedit. Одна только надежда пріобрѣсть право называется jus futurum въ противуположность jus quaesitum.

§ 24.

Наконецъ, мы находимъ:

e) права, которыя связаны съ опредѣленнымъ субъектомъ, такъ что они не могутъ быть переданы другому и угасаютъ вмѣстѣ съ субъектомъ. Такова особенность всѣхъ правъ пользованія, которыя подпадаютъ подъ понятіе сервитутовъ. Субъектъ можетъ быть здѣсь тотъ, кому принадлежитъ собственность на поземельный участокъ. Такимъ образомъ отличаются персональные сервитуты (usus fructus, usus, habitatio и operae servorum) отъ предіальныхъ. Рядомъ съ этими выдѣляются еще реальныя права.

В. Примѣненіе къ имущественнымъ правамъ общихъ положеній математики.

§ 25.

1) Всякая величина равна сама себѣ. $a = a$. Это положеніе выражается у римскихъ юристовъ такъ: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet [25]). Прилагаясь къ отношенію наслѣдодателя къ наслѣднику, оно выражено такъ: Nemo plus commodi heredi sio relinquit, quam ipse habuit [26]). Относительно легатарія: Absurdum est plus juris habere, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem si viveret [27]). Въ примѣненіи къ передачѣ собственности: Fundus transfertur cum servitutibus [28]). Наконецъ, въ примѣненіи къ теоріи jura in re aliena, есть слѣдующее важное правило: Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. Наконецъ, сюда же принадлежитъ и правило: Plures candem rem possidere non possunt. И юристъ Павлъ приводитъ этому такое основаніе: non magis cadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sideo, tu se dere videaris. L. 3. § 5. D. d. A. P. (41. 2). Такъ какъ въ силу особой нормы права, пріобрѣтеніемъ собственности чрезъ захватъ и пере-

---

25) L. 54. D. d. R. I. (50. 17).
26) L. 120. cod.
27) L. 160. § 2. cod.
28) L. 20. D. d. A. R. D. (41. 1).

дачу условливается пріобрѣтеніе владѣнія, то поэтому получаетъ силу и правило: Duorum in solidum dominium esse non potest.

§ 26.

2) Цѣлое больше части.

Это выражается въ общемъ правилѣ: Non debet, cui plus licet, quod min us est non licere [29]); и In eo quod plus sit, semper inest et minus [30]). Спеціальныя примѣненія: кто имѣетъ usus fructus на данную вещь, имѣетъ поэтому и usus; кто имѣетъ actus, необходимо имѣетъ и iter.

На чисто математическомъ воззрѣніи основывается теорія jura in re, — возможность различныхъ jura in re рядомъ съ dominium относительно одной и той же вещи. Эти jura in re суть части собственности на вещь, такъ что сумма отдѣльныхъ jura in re съ остающимися у собственника правами, равняется полной собственности на вещь. Такимъ образомъ теорія jura in rem основывается на математическомъ представленіи цѣлаго и его частей. Полная собственность интензивна больше, чѣмъ эмфитевтическое или суперфиціорное владѣніе, чѣмъ сервитутъ и закладное право, — все это правила, выходящія изъ того, что цѣлое больше своей части. — Изъ этого же воззрѣнія необходимо слѣдуетъ далѣе юридическое правило: что собственникъ, устанавливающій сер-

29) L. 21. D. d. R. I. (50. 17).
30) L. 110. eod.

витутъ на свою вещь, чрезъ это не теряетъ пользованія этой вещью. У него остаются тѣ же права пользованія, которыя принадлежатъ и субъекту сервитута, и собственникъ можетъ осуществлять эти права, лишь бы не нарушалъ этимъ сервитута [31]).

С. Изъ свойства имущественныхъ правъ, какъ величинъ, по аксіомѣ противорѣчія, слѣдуютъ дальнѣйшія послѣдствія.

§ 27.

1) Право, какъ величина, способно къ приращенію и уменьшенію, и притомъ:

а) экстензивно, вслѣдствіе приращенія или убыли объекта. Увеличеніе объекта называютъ приращеніемъ. Относительно поземельныхъ участковъ римскіе юристы указываютъ, какъ на отдѣльные случаи, на alluvio, avulsio, plantatio, inaedificatio, alvei mutatio. Относительно движимыхъ вещей — adferruminatio. Такимъ образомъ, отъ увеличенія объекта могутъ увеличиваться собственность и остальныя вещныя права, а равно и право требованія. Если же смотрѣть на объектъ, какъ на абстрактную цѣнность, то возможно приращеніе и вслѣдствіе возвышенія мѣновой цѣны. Если возвышеніе цѣнности является слѣдствіемъ человѣческой дѣятельности, то называется улучшеніемъ. Улучшенію соотвѣтствуетъ

---

[31]) L. 15. § 1. D. d. usu. (7. 8).

порча. Понятно само собой, что съ погибелью объекта угасаетъ и право. Съ погибелью уравнивается и невозможность распознать объектъ. Такъ, собственность на деньги необходимо теряется, когда они смѣшаны съ чужими деньгами.

b) интензивно, чрезъ приращеніе и уменьшеніе содержанія. Такъ. usus на данную вещь можетъ стать usus fructus. Чрезъ установленіе jura in re собственность на вещь можетъ стѣсняться больше и больше, и почти совершенно исчезнуть. Такъ относительно эмфитевтическаго владѣнія содержаніе dominium, а обнаруживается только въ томъ, что вещь можетъ возвратиться къ dominus, и послѣдній имѣетъ право прекратить эмфитевтическое владѣніе при извѣстныхъ условіяхъ. Dominium, стѣсненное чрезъ jura in re, можетъ снова стать полной собственностью, но послѣдняя неспособна уже ни къ какому интензивному приращенію, потому что она есть полнѣйшее юридическое господство надъ вещью.

c) эффективно, чрезъ приращеніе или уменьшеніе дѣйствительности. Такъ

α) право наемное можетъ превратиться въ usus fructus или въ эмфитевтическое владѣніе, и слѣдовательно, первоначальное actio in personam— въ actio in rem. И наоборотъ:

β) простое владѣніе можетъ превратиться въ публиціанское право, а послѣднее — въ полную собственность.

γ) naturalis obligatio можетъ стать civilis. Такъ оно превращается посредствомъ обновленія;

далѣе, когда тотъ, кто имѣетъ beneficium competentiae, получаетъ имущество. Наоборотъ, civilis obligatio можетъ стать naturalis. Такъ бываетъ, когда должникъ получаетъ beneficium competentiae, и по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, когда наступила давность иска.

δ) обусловленное и отсроченное право можетъ стать безусловнымъ и наоборотъ.

§ 28.

Обыкновенной или правильнѣе общей мѣрой величины имущественныхъ правъ служитъ цѣнность [32]). Цѣнность опредѣляется не только объектомъ права, но также содержаніемъ и дѣйствительностью права. Одно владѣніе, даромъ что по объекту оно не отличается отъ публиціанскаго права и собственности, тѣмъ не менѣе не имѣетъ цѣнности [33]), или во всякомъ случаѣ не такъ цѣнно, какъ оба вышеуказанныя права. Очевидно, что цѣнность имущественнаго права совсѣмъ не то, что цѣнность объекта права. Если право должно быть еще реализировано, какъ это можно сказать о всѣхъ правахъ долговыхъ, цѣнность права всегда меньше, чѣмъ цѣнность объекта. Римскіе юристы выражаютъ это правиломъ: Minus est actionem quam rem habere. Очевидно далѣе, что имущественное право какъ цѣнность, способно къ приращенію и уменьшенію, хотя бы не

[32]) Это понятіе предполагаетъ изобрѣтеніе денегъ.

[33]) Сравн. Бринцъ, Pand. Стр. 653, слѣд.

произошло измѣненія въ цѣнности объекта или измѣненія въ содержаніи или дѣйствительности права. Такъ бываетъ съ правами, которыя составляютъ предметъ торговыхъ оборотовъ, слѣдовательно являются товарами, а цѣнность товаровъ измѣняется сообразно отношенію предложенія и запроса. Такъ какъ всѣ имущественныя права могутъ найдти свое выраженіе въ абстрактной цѣнности, то самыя разнообразныя права могутъ быть сравниваемы одно съ другими и допускать взаимный расчетъ. Вотъ почему въ 1..14. pr. c. d. compens. (4. 31) говорится: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

§ 29.

Изъ свойства права какъ величины далѣе слѣдуетъ:

2) Дѣлимость права. Части могутъ быть выражены количественно. если предметъ права представляется совокупностью res corporales, или хоть одна вещь, но можетъ быть разсматриваема какъ совокупность отдѣльныхъ частей (по мѣрѣ или вѣсу) и потому подходитъ подъ понятіе количества [34]). Поэтому недѣлимыми должны быть всѣ

[34]) Поземельные участки суть тѣла (пирамиды); но на практикѣ они разсматриваются какъ плоскости, опредѣляются мѣрой плоскостей и приводятся къ выраженію въ количествѣ.

права, которыхъ прямой или косвенный предметъ a) res corporalis, которая не можетъ представляться совокупностью единицъ мѣры или вѣса, или b) — невещественнаго свойства, т. е. состоитъ въ производительныхъ силахъ вещи или рабочей силы. Недѣлимы, значитъ, всѣ jura in re и всѣ права обязательственныя, имѣющія предметомъ uti frui данной вещи или рабочей силы.

§ 30.

Но бываютъ случаи (ad § 296), когда дѣленіе вещи содержитъ въ себѣ дѣленіе пользованій этою вещью. Вслѣдствіе этого вышеуказанное препятствіе дѣленія, въ извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ быть устранено при emphyteusis, superficies и usus fructus, а также и при закладномъ правѣ; равнымъ образомъ дѣленіе возможно и относительно наемныхъ правъ. Но послѣднія считаются недѣлимыми только относительно [35]). Изъ правъ, имѣющихъ невещественный объектъ, всегда считались безусловно недѣлимыми: сервитуты, за исключеніемъ usus fructus [36]). Далѣе, права наемныя и арендныя, если дѣленіе res locata не поведетъ къ дѣленію пользованій; наконецъ,

---

[35]) Ager vectigalis объявленъ безусловно по-особому основанію. L. 7. pr. D. Commun. div. (10. 3). Wectigalis ager an regionibus dividi possit, widendum: magis autem debet judex abstinere hujus modi divisione; alioquin «praestatio vectigalis confundetur».

[36]) Сравн. однакожъ ниже § 31 и cit. l. 7. D. commun. divid. (10. 3).

всѣ права пользованія, коихъ предметъ—рабочая сила человѣка, будутъ они сервитутами или правами обязательственными [37]).

§ 31.

„Цѣнность" сводитъ къ количественному выраженію всякое имущественное право, каковъ бы ни былъ объектъ права. Чрезъ это всѣ имущественныя права становятся дѣлимыми, предполагая, что они могутъ быть предметомъ обмѣна, слѣдовательно могутъ быть передаваемы. А въ этомъ отношеніи становятся дѣлимыми и 1) res corporales, которыя и не могутъ быть разсматриваемы какъ совокупность единицъ мѣры или вѣса; далѣе, 2) исчезаетъ абсолютная недѣлимость (§ 30) и относительно предіальныхъ сервитутовъ, такъ какъ они могутъ быть передаваемы вмѣстѣ съ praed. dominans, и значитъ цѣнность ихъ можетъ быть тоже опредѣлена. Недѣлимыми и по цѣнности должны значитъ остаться только личные сервитуты; точно также и usus fructus [38]); но если въ послѣднемъ случаѣ jus fruendi и недѣлимо, все-таки можетъ имѣть мѣсто дѣленіе самаго пользованія, такъ какъ оно можетъ быть передаваемо. Этого не можетъ быть при usus, потому что пользованіе здѣсь вполнѣ ограничивается индивидуальной потребностью субъекта права, но относительно дѣлимости римскіе юристы игнори-

---

[37]) Пухта Pand. § 222.

[38]) Иначе, онъ могъ бы дѣлиться хоть относительно. (§ 30.)

ровали этотъ моментъ. Если нѣсколькимъ лицамъ предоставленъ съобща usus на одну вещь, римляне оцѣниваютъ пользованіе (какъ и при usus fructus) и дѣлятъ его по цѣнности [39]).

§ 32.

3) Можно данную величину, а слѣдовательно и имущественное право, приравнять къ единицѣ, т. е. представлять ее какъ сумму долей, которыя всѣ вмѣстѣ=1. Чрезъ это, относительно имущественныхъ правъ возможна дѣлимость чисто идеальная, въ противуположность реальной дѣлимости права (по объекту или по цѣнности). Чисто идеальный характеръ такого дѣленія римскіе юристы выражаютъ терминомъ juris intellectu. Вслѣдствіе такой дѣлимости возникаетъ понятіе res communis, далѣе понятіе совмѣстнаго владѣнія и совмѣстной собственности по интеллектуальнымъ долямъ. Наконецъ, возникаютъ права обязательственныя, коихъ предметъ—долевая часть данной вещи.

§ 33.

4) Затѣмъ можно приравнять къ 1 множество правъ, а слѣдовательно и цѣлое имущество, и дѣлить его по долямъ. Такое объединеніе римскіе юристы называютъ „universitas“. Такой universitas у римлянъ всегда бываетъ оставшееся имущество умершаго — hereditas; поэтому пріобрѣте-

[39]) L. 10. § 1. D. Communi div. (10. 3).

ніе наслѣдства есть successio въ совокупность, и потому называется succ. per universitatem, и совершается необходимо путемъ одного объявленія воли, такъ какъ совокупность есть нѣчто чисто идеальное. Универсальному преемству противуполагается сингулярное преемство, и которое рядомъ съ универсальнымъ преемствомъ можетъ имѣть мѣсто относительно отдѣльныхъ предметовъ, такъ какъ и hereditas есть отвлеченное единство, и слѣдовательно, не обнимаетъ необходимо всѣхъ предметовъ наслѣдства. У римлянъ есть особое положеніе: что и въ томъ случаѣ, когда нѣсколько наслѣдниковъ назначаются по долямъ и затѣмъ дѣйствительно раздѣляютъ наслѣдство по этимъ долямъ, все-таки относительно распоряженій въ завѣщаніи, какъ и относительно вступленія наслѣдниковъ въ наслѣдство, послѣднее разматривается какъ замкнутая цѣлость. Отсюда слѣдуютъ два важныхъ правила: 1) nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest; 2) если одинъ изъ сонаслѣдниковъ не можетъ или не хочетъ наслѣдовать, то ipso jure доля его достается другимъ наслѣдникамъ [40]).

III. Юридическія понятія, разсматриваемыя со стороны закона причинности.

§ 34.

Юридическія понятія суть отвлеченія изъ юридическихъ нормъ. Выше указано основаніе, почему

---

[40]) Пухта Pand. § 505.

они образуются. Вотъ почему, собственно говоря, нѣтъ возможности разбирать по закону причинности юридическія понятія, слѣдовательно и права и право (предоставленіе) вообще (какъ высшее отвлеченіе изъ отдѣльныхъ правъ). Но идеальная природа правъ и права вообще опускается изъ виду и на права смотрятъ какъ на нѣчто дѣйствительно существующее. Не обращается вниманія, что отдѣльныя права ни больше, какъ счетныя марки, которыя изобрѣлъ разумъ и предоставляетъ ихъ какъ нѣчто реальное. Ставши на такую точку зрѣнія, естественно спрашиваешь себя, гдѣ же причина и каково дѣйствіе правъ и права вообще. Вмѣсто того, чтобы изслѣдовать условія правъ, т. е. условія принужденія, установляемаго юридическими нормами, говорится о возникновеніи и прекращеніи правъ и права вообще; затѣмъ, такъ какъ всякая вещь, долженствующая имѣть свою причину, съ своей стороны можетъ быть причина извѣстныхъ дѣйствій, то для того, чтобы окончательно установить пониманіе правъ, остается только одинъ путь — исковую силу, которая собственно и составляетъ все право, (какъ дѣйствительно римляне отождествляли права и actio), отрѣшить отъ права и разсматривать какъ его дѣйствіе. Такъ въ учебникахъ гражданскаго права мы находимъ вычисленіе правъ (собственность, сервитутъ и т. д.), затѣмъ для каждаго права опредѣленіе, которое не можетъ быть точно, такъ какъ права могутъ быть опредѣлены только приблизительно, потомъ основанія возникновенія и прекращенія правъ и

защита правъ путемъ иска и возраженія. Отдѣльныя права связаны далѣе въ одно общее представленіе и изъ нихъ возникло высшее отвлеченіе права (предоставленіе) вообще, и съ нимъ опять можно повторить тѣ же операціи. Такимъ образомъ возникла общая часть гражданскаго права, которой нельзя и понять, не зная специальной части, но она всегда предпосылается послѣдней,— это потому, будто бы надо всегда переходить отъ общаго къ частному. Нелѣпость эту почти нельзя и объяснить. Естественный путь тотъ, что нужно переходить отъ специальнаго и конкретнаго къ общему и отвлеченному. Вѣдь всѣ абстрактныя понятія содержатъ въ себѣ отвлеченія части конкретныхъ понятій, и какъ я могу представить себѣ часть, не имѣя представленія о цѣломъ. Тутъ мы видимъ для юриспруденціи печальные результаты гегелевской философіи, считающей отвлеченія дѣйствительностью, т. е. бумажныя деньги звонкой монетой! Какъ сказано выше, когда actio было отдѣлено отъ права и явилось особымъ правомъ, начались изслѣдованія объ основаніяхъ возникновенія и прекращенія исковыхъ правъ и исковаго права вообще, и такъ какъ одна нелѣпость необходимо ведетъ за собой другую, то естественно явилась безсмыслица, что искъ можетъ задавниться, тогда какъ право можетъ существовать.

§ 35.

Такъ какъ права, въ смыслѣ отвлеченныхъ понятій не могутъ быть разсматриваемы по зако-

ну причинности (§ 34), то изъ нихъ можно развивать положенія только въ томъ случаѣ, если представлять права какъ величины (§ 16—33). Вѣрность такихъ положеній основывается, значитъ, на математическомъ воззрѣніи. Слѣдовательно, права сами по себѣ, т. е. насколько они не могутъ считаться представляющими юридическія нормы, можно только приводить въ порядокъ какъ величины, т. е. сообразно математическимъ принципамъ. Но такъ какъ не всѣ частныя права могутъ быть разсматриваемы какъ величины, а только одни имущественныя права, и такъ какъ далѣе и въ сферѣ имущественныхъ правъ множество юридическихъ нормъ не основываются на математическихъ принципахъ, то понятно само собою, что система правъ не можетъ быть системой гражданскаго права.

§ 36.

Наши учебники гражданскаго права суть системы правъ, но съ претензіями — быть системой гражданскаго права. Но здѣсь заключается противорѣчіе. Отсюда само собою слѣдуетъ, что эти учебники согласны между собою только въ той части, которая основывается на математическихъ принципахъ, но въ остальномъ, гдѣ нѣтъ никакихъ принциповъ, господствуетъ большое разнообразіе и большой произволъ.

§ 37.

Задача нашей юриспруденціи вотъ въ чемъ:

оставить систему правъ и построить систему сообразно экономическимъ, этическимъ и логическимъ принципамъ. При этомъ юридическія понятія, основанныя на отвлеченіи, можно допустить какъ пособіе для памяти, и положенія, развитыя изъ этихъ понятій по математическимъ принципамъ, насколько эти положенія сами по себѣ являются юридическими нормами, должны быть связаны съ системой надлежащимъ образомъ, т. е. по закону ассоціаціи идей.

§ 38.

Наше нѣмецкое право, въ трактатахъ и вообще въ сочиненіяхъ, дѣлится на римское и нѣмецкое частное право. Сочетаніе обѣихъ доктринъ въ одну систему все еще считается невозможнымъ. Но прежде всего такая невозможность дѣйствительно существуетъ только относительно той части, которая основана на экономическихъ принципахъ. Такое различіе нѣмецкаго и юстиніановскаго права основано на томъ, что средневѣковая жизнь каждаго народа подчинена господству совсѣмъ иныхъ хозяйственныхъ принциповъ, чѣмъ позднѣйшій періодъ цивилизаціи. Но отсюда слѣдуетъ, что политическая экономія даетъ общую мысль, которой связываются разнородныя постановленія нѣмецкаго и юстиніановскаго права [41]).

---

[41]) Выпускъ I. Стр. 10.

II

Природа и право. Обычай и обычное право.

§ 1.

Казалось бы, что человѣкъ въ состояніи изолированномъ долженъ вполнѣ наслаждаться тѣмъ, что мы называемъ свободой. Но такая свобода развѣ состоитъ только въ томъ, что человѣкъ независимъ отъ людей. Изолированный человѣкъ не свободенъ, именно по своей изолированности, не свободенъ относительно неотразимыхъ силъ природы, которыя постоянно грозятъ ему гибелью, и противъ которыхъ онъ не въ состояніи вести продолжительную борьбу. Соединеніе людей въ общество, постепенно высвобождаетъ человѣка изъ этого рабства, и избавляетъ его отъ тысячи опасностей, которымъ онъ постоянно подверженъ. Общество побѣждаетъ суровыя силы природы, выступая противъ нихъ съ своими учрежденіями, защищающими отъ этихъ силъ и подчиняетъ эти силы себѣ, давая имъ

такое направленіе, при которомъ онѣ улучшаютъ положеніе общества. Изолированный человѣкъ — рабъ природы, ставши членомъ общества, обращаетъ въ рабство природу. Подчиненіе силъ природы есть цивилизація; первый шагъ слѣдовательно есть соединеніе людей въ общество.

§ 2.

Нечего заниматься вопросомъ, назначенъ ли человѣкъ къ общественной жизни. Нельзя утверждать, что человѣкъ имѣетъ побужденіе къ общежитію, или что онъ расположенъ къ изолированной жизни. Обстоятельства рѣшаютъ, будетъ ли онъ жить въ томъ или другомъ состояніи и которое больше придется ему по вкусу. Соединеніе людей можетъ, да такъ оно и на самомъ дѣлѣ, зависѣть отъ различныхъ условій. Что общество, возникши разъ, продолжаетъ существовать, это зависитъ отъ естественнаго закона. Это законъ влеченія, который обнаруживаютъ почва и мѣстность, на которой пришлось долго жить, а равно и люди, съ которыми пришлось состоять въ продолжительныхъ сношеніяхъ. Тоска по родинѣ и любовь къ отечеству — вотъ выраженія, которыми обозначаютъ дѣйствія этого закона.

§ 3.

Общественная жизнь необходимо требуетъ ограниченія индивидуальной свободы каждаго человѣка. Общество не можетъ существовать, оно необходимо разрѣшается въ bellum omnium contra omnes,

если каждый безотчетно станетъ подчиняться своимъ естественнымъ инстинктамъ и движеніямъ своихъ чувствъ, и будетъ признавать справедливымъ и хорошимъ только то, что кажется таковымъ по его субъективному взгляду. Но въ результатѣ, человѣкъ, какъ членъ общества, выигрываетъ относительно свободы больше, чѣмъ сколько жертвуетъ. Подданный абсолютнаго деспота, въ цивилизованномъ государствѣ безконечно свободнѣе, чѣмъ житель первобытнаго лѣса.

§ 4.

Необходимое ограниченіе индивидуальной свободы, налагаемое на каждаго волей общества, составляетъ понятіе права. Природа и право суть противоположности, взаимно исключающія другъ друга. Вотъ почему весьма невѣрно толковать о естественномъ правѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда идетъ дѣло о предѣлахъ сферы, оставленной въ данномъ государствѣ естественной свободѣ каждаго; все право есть человѣческое учрежденіе, или, какъ обыкновенно выражаются, все право положительно. Нѣтъ, напр. права на самооборону, а есть только въ человѣкѣ естественное побужденіе противодѣйствовать противъ понесенныхъ нарушеній, и право ограничиваетъ это побужденіе; нѣтъ права на бракъ, а есть только юридическія ограниченія естественнаго полового инстинкта; у отца нѣтъ права распоряжаться своими дѣтьми, а только юридическія ограниченія этого распоряженія. Конечно, можно представить себѣ, что право, ограничивши естественную

свободу, признаетъ ее въ извѣстной мѣрѣ, и потомъ говоритъ, что человѣкъ имѣетъ право на этотъ остатокъ свободы. Такое представленіе мы находимъ у римскихъ юристовъ, которые совокупность подобныхъ юридическихъ нормъ, обозначаютъ общимъ выраженіемъ jus naturae. Но такое представленіе умѣстно развѣ относительно деспотически управляемыхъ народовъ, гдѣ человѣкъ самъ по себѣ вполнѣ считается не свободнымъ, и вся свобода, какая оставлена ему, зависитъ отъ милости деспота, слѣдовательно основывается на положительномъ правѣ. У насъ же нѣтъ никакого естественнаго права, о которомъ бы можно сказать: natura omnia animalia docuit, а есть только естественная свобода, ограниченная, правда, иной разъ значительно, волей государства. Какъ терминъ „естественное право", для насъ ни больше, какъ противорѣчіе; также точно и терминъ „положительное право" есть ни больше, какъ плеоназмъ, потому что нѣтъ права, которое не было бы положительнымъ.

§ 5.

Въ силу сказаннаго, всѣ юридическія нормы необходимо распадаются на столько классовъ, сколько есть въ человѣческой природѣ наклонностей къ дѣятельности или къ бездѣйствію. Въ чемъ состоятъ эти наклонности, — изучаетъ естественная наука, т. е. психологія.

§ 6.

Всѣ отправленія души распадаются на три

большія группы: разумъ, чувство и животные инстинкты. Такимъ образомъ и все право должно распасться на три большія группы юридическихъ нормъ: ограниченія естественной свободы разума, чувства и животныхъ инстинктовъ.

§ 7.

I. Разумъ обнаруживаетъ свою дѣятельность въ изученіи, мышленіи (т. е. сравненіи и умозаключеніи) и въ сообщеніи мыслей. Свобода мысли не можетъ быть ограничена положительными установленіями [42]), не можетъ быть ограничено изученіе и сообщеніе мыслей. Сюда принадлежатъ въ разныхъ государствахъ постановленія объ ограниченіи свободы обученія и свободы книгопечатанія.

У кого слаба способность пониманія, тотъ не имѣетъ охоты къ ученію. Далѣе, животныя побужденія могутъ развиваться въ человѣкѣ до такой степени силы, что вполнѣ овладѣваютъ человѣкомъ и рождаютъ въ немъ отвращеніе къ ученію. Мы можемъ наблюдать это ежедневно на дѣтяхъ, особенно на мальчикахъ, вступающихъ въ періодъ половаго развитія, и даже на университетской молодежи. Такіе люди имѣютъ наклонность что нибудь дѣлать иное, а не учиться. Но и эта естественная свобода можетъ быть ограничена положительнымъ постановленіемъ. Къ такимъ ограниченіямъ принадлежатъ постановленія относительно принужденія въ школахъ, и принужденія посѣщать коллегіи.

---

[42]) Отсюда и пословица: мысли не платятъ пошлины.

§ 8.

II. Чувство [43]) можетъ стать мотивомъ поступковъ и въ этомъ смыслѣ допускаетъ ограниченія посредствомъ права. Напр., врожденное каждому человѣку благорасположеніе, хоть въ иныхъ и въ слабой степени, можетъ стать мотивомъ дареній и завѣщательныхъ отказовъ, и право можетъ то и другое ограничить въ извѣстной степени. Въ такомъ родѣ есть много ограниченій въ римскомъ правѣ.

Сторона чувства можетъ быть слабо развита въ человѣкѣ и потому становится основаніемъ опущенія извѣстнаго дѣйствія, тогда какъ положительное право можетъ принуждать къ совершенію этого дѣйствія. Холодный и безучастный человѣкъ гонитъ прочь нищаго; положительное право принуждаетъ его къ пожертвованіямъ въ пользу бѣдныхъ.

§ 9.

III. То же самое можно сказать и относительно животныхъ наклонностей (инстинкты, страсти). Развившись въ сильной степени, онѣ могутъ толкать человѣка на дѣятельность; положительное право, въ такомъ случаѣ можетъ до извѣстной степени понуждать къ бездѣйствію, напр. можетъ ограни-

---

[43]) Всю сторону чувствительности въ жизни человѣческой души, т. е. всѣ органы чувствительности обозначаютъ выраженіемъ «чувство».

чивать половое совокупленіе, обжорство, излишнее пьянство, дуэль, самоуправство по поводу понесенной несправедливости, и т. д. Будучи развиты слабо, животныя наклонности побуждають человѣка къ бездѣйствію. Въ такомъ случаѣ положительное право можетъ понуждать къ дѣятельности, напр. супруга къ совокупленію, отца—къ заботливости о своихъ дѣтяхъ, гражданина—къ защитѣ родины; оно можетъ понуждать человѣка къ молчанію, къ противодѣйствію понесеннымъ оскорбленіямъ, даже къ принятію пищи и питья [44]).

§ 10.

Право, существующее исключительно въ интересахъ общаго блага, уже въ самомъ началѣ основывается на соображеніи послѣдствій (Reflexion); оно имѣетъ цѣлью утвердить господство разума надъ человѣческими страстями и чувствами, т. е. превратить естественную свободу въ свободу разумную [45]). Постановленія положительнаго права

[44]) Напр. относительно того, кто рѣшительно обнаружилъ намѣреніе умертвить себя голодомъ.

[45]) Умъ и разумъ сами по себѣ означаютъ одно и тоже. Но умъ называютъ разумомъ, когда онъ является регуляторомъ человѣческаго чувства и инстинктовъ. Такъ говорятъ о разумномъ и неразумномъ благорасположеніи, о разумномъ и неразумномъ самолюбіи, о разумной и неразумной любви къ дѣтямъ и т. д. И такъ какъ въ животномъ нѣтъ подобнаго регулированія его чувствъ или его инстинктовъ, то его и называютъ неразумнымъ существомъ. Такъ какъ все право основано на соображеніи послѣдствій, то по этому въ мірѣ животныхъ не можетъ быть ни какого

въ государствѣ имѣютъ тоже значеніе, какъ и тѣ нормы, которыя отдѣльный человѣкъ предписываетъ самъ для себя. Отдѣльный человѣкъ тоже организмъ, какъ и государственное общество; да! всѣ государственныя общества ничто иное, какъ копіи человѣческаго организма. И благо отдѣльнаго человѣка требуетъ, чтобы онъ ограничивалъ автономіей, въ собственномъ смыслѣ слова ограничивалъ свою естественную свободу и превращалъ ее въ разумную свободу; и здѣсь автономическая норма есть продуктъ мысли.

§ 11.

Область права есть область только страстей и чувствъ; одинъ деспотизмъ стремится ограничить и разумъ.

§ 12.

Юридическая норма содержитъ въ себѣ волю общества въ противуположность воли единичнаго лица. Воля государства можетъ быть прямо выражена и постановлена нормой. Такія постановленія права называются законами; но условія силы закона мо-

---

права: по этой же причинѣ не существуетъ вовсе jus, quod natura omnia animalia docuit. Стѣсненіе каждаго индивидуума, какое мы встрѣчаемъ въ пчелиномъ ульѣ или въ муравьиной кучѣ, основано не на соображеніи послѣдствій. Можно принять за достовѣрное, что тотъ удивительный порядокъ, какой мы замѣчаемъ у этихъ животныхъ, основанъ на одномъ побужденіи природы, которое мы обыкновенно называемъ инстинктомъ.

гутъ быть различны въ томъ или другомъ государствѣ, сообразно его устройству. Но воля государства можетъ быть объявлена и подразумѣваемо, и въ такомъ случаѣ она можетъ быть распознана только по однообразному обращенію общества съ одними и тѣми же фактическими отношеніями. Hoc jus, говоритъ Павлъ, in tantum comprobatum est, ut non fuerit necesse scripto id compretendere [46]). Такая юридическая норма, которую безмолвно постановляетъ себѣ самъ народъ и затѣмъ постоянно ей слѣдуетъ, названа юристами обычнымъ правомъ [47]). Выраженіе очень неудачно; въ самомъ дѣлѣ, юридическія нормы, основывающіяся на подразумѣваемой волѣ народа, возникли не изъ обычая, да и однообразное отношеніе, въ которомъ обнаруживается юридическая норма, не подходитъ подъ понятіе обычая. Все право основано на соображеніяхъ разсудка, и путемъ обычая не можетъ возникнуть ни одной юридической нормы; съ другой стороны, не всякое однообразное отношеніе можетъ быть обозначено выраженіемъ „обычай".

---

[46]) L. 36. D. d. legg. (1. 3.)

[47]) Поводомъ къ этому послужило римское названіе consuetudo и отождествленіе этого понятія съ тѣмъ, которое мы обозначаемъ словомъ «обычай». См. ниже прим. 51. Подразумѣваемое согласіе въ народѣ римляне обозначали какъ species consuetudo; такъ напр. Гермогеніанъ: quae onga consuetudine comprobata sunt— — veluti facita civium conventio. Это невозможно при нашемъ болѣе тѣсномъ понятіи «обычай».

§ 13.

Такъ какъ все право основано на соображеніяхъ разсудка и имѣетъ въ виду достигать полезныхъ для общества цѣлей, то относительно закона—въ законодателѣ, а относительно нормъ, безмолвно постановленныхъ [48]) самимъ народомъ—въ народѣ господствуетъ сознаніе необходимости, или выражаясь удачнѣе, убѣжденіе въ цѣлесообразности.

§ 14.

Право выступаетъ за надлежащіе предѣлы, когда ограничиваетъ индивидуальную свободу больше, чѣмъ сколько нужно въ интересахъ общаго блага, оно становится безсмысленнымъ правомъ, и безсмыслица достигаетъ высшей степени, когда положительная норма права стремится совершенно устранить какой нибудь законъ природы. Вмѣсто того, чтобы содѣйствовать благу общества, такое

---

[48]) Сравн. cit. l. 36. D. d. legg. (1. 3): Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probaum est, ut non fuerit necesse scripto ad comprehendere. Значитъ, въ этихъ словахъ Павлъ прямо высказываетъ, что право, основанное даже и на longa consuetudo, все таки основывается на соображеніяхъ разсудка, что цѣлесообразность, которая должна быть достигаема посредствомъ такихъ нормъ, до того очевидна, что было бы нелѣпымъ признавать силу такихъ нормъ особымъ закономъ. Понятно само собой, что относительно этихъ нормъ, какъ и относительно всякаго соображенія разсудка, возможна ошибка. Non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, говорятъ Римляне. L. 39. eod.

право становится **истязаніемъ** народа. Подразумѣваемыя постановленія народа, обозначаемыя выраженіемъ обычнаго права, не могутъ заключать въ себѣ подобной безсмыслицы [49]), потому что народъ всегда наклоненъ сохранять какъ можно больше свою естественную свободу и налагаетъ на себя ограниченія только тогда, когда это безусловно необходимо. Но это возможно въ области законодательства и въ такомъ случаѣ основывается на заблужденіи или произволѣ законодателя. Особенно источникъ безсмысленныхъ законовъ кроется въ стремленіи нѣкоторыхъ законодателей возвести на степень юридическихъ основаній, нравственные принципы, которые справедливы сами по себѣ, но при этомъ не соображаются фактическія отношенія народной жизни [50]). Подобныя постановленія тотчасъ же вызываютъ за собой быструю реакцію естественнаго закона. Они дѣйствуютъ на государственное тѣло, какъ рвотное. Отдѣльному человѣку невозможно устоять противъ влеченія природы; законъ не выполняется; народное мученіе продолжается болѣе или менѣе долго и законъ или незамѣтно забывается, или природа затѣваетъ рѣшительную борьбу, чтобы отстоять свои права. «Naturam furca expellas, tamen usque recurret.»

---

[49]) Сравн. cit. l. 36.

[50]) Нельзя оправдать, если въ государствѣ, гдѣ существующій общественный порядокъ затрудняетъ или дѣлаетъ невозможнымъ для многихъ бракъ, а между тѣмъ назначаются строгія наказанія за stuprum.

§ 15.

Всякая сила души, путемъ постояннаго примѣненія ея доведенная до такой высокой степени, что человѣкъ чувствуетъ побужденіе примѣнять эту силу безъ всякаго внѣшняго возбужденія, называется **обычаемъ**[51]). Такъ могутъ стать обычаемъ и животные инстинкты. Извѣстенъ и несомнѣнъ тотъ фактъ, что продолжительное занятіе половыми удовольствіями развиваетъ страсть къ этимъ удовольствіямъ. Такимъ образомъ совокупленіе для супруговъ становится обычаемъ. Не менѣе извѣстно, что любовь къ молодежи[52]), склонность ѣсть, страсть къ борьбѣ, инстинктъ пріобрѣтать, инстинктъ скрытности, отъ постояннаго примѣненія усиливаются и становятся обычаемъ. Мало того, исторія можетъ указать на цѣлый рядъ людей, у которыхъ жестокость была потребностью[53]). Жестокія натуры, которымъ судьба отказала въ физической силѣ, необходимой для того, чтобъ осуществлить на дѣлѣ свой обычай, пользуются инымъ

---

[51]) Римское выраженіе *consuetudo* шире. Оно равно умѣстно и тамъ, когда при извѣстныхъ предположеніяхъ человѣкъ **обыкновенно** совершаетъ данный поступокъ по зрѣломъ обсужденіи, слѣдовательно, поступокъ въ силу **принципа**, основаннаго на разсудкѣ; сравн. напр. L. 50. D. d. legat. I: ante omnia ipsius patris familias consuetudo exquirenda est. Этого мы не называемъ уже «обычаемъ».

[52]) Сколько хозяевъ студенческихъ квартиръ поплатилось за этотъ обычай своимъ имуществомъ!

[53]) Въ людяхъ, образованныхъ иначе, этотъ обычай обнаруживается въ проявляющемся злорадствѣ.

оружіемъ для причиненія боли своимъ ближнимъ. Таково именно оружіе —сатира, или правильнѣе остроуміе, такъ какъ сатира есть ничто иное, какъ разрушительное остроуміе. Для всѣхъ такихъ людей обычая, разговорный языкъ очень естественно создалъ и особыя выраженія, напр. старые дѣти, обжоры, забіяки (для словесной борьбы — совопросники), скупцы, тираны, in specie семейные тираны и т. п. Ставши обычаемъ, животные инстинкты разрушаютъ гармонію психической жизни, толкаютъ человѣка на борьбу съ самимъ собой и съ другими, и такимъ образомъ создаютъ для него дѣйствительное страданіе, и вотъ почему они удачно названы „страстями".

§ 16.

Но кромѣ животныхъ инстинктовъ, и чувства въ своихъ разнообразныхъ направленіяхъ, могутъ тоже стать обычаемъ, если постоянно о.даваться ихъ влеченію. Такъ благорасположеніе, отъ постояннаго примѣненія, доходитъ до степени безразсуднаго добродушія, чувство уваженія, т. е. зависимости, доходитъ до трусости или подобострастія. Кто постоянно усиливается выполнить свои, разъ принятыя, намѣренія, становится по привычкѣ упрямцемъ; кто постоянно гонится за одобреніемъ людей, становится хвастуномъ. Постоянно воспитываемое чувство собственнаго достоинства становится гордостью, страстью владычествовать и пренебрегать людьми. Осмотрительность, ставши привычкой, дѣлаетъ человѣка мнительнымъ до того,

что онъ живетъ въ нескончаемой тревогѣ, изъ мухи дѣлаетъ слона и никогда не рѣшается на рискъ; тогда какъ смѣлость, ничѣмъ не сдерживаемая, становится настоящимъ легкомысліемъ и наконецъ обращается въ безумную отважность. И совѣстливость можетъ достигнуть высокой степени и стать обычаемъ, если человѣкъ строго судитъ всѣ свои поступки. Такихъ людей называютъ: „тяжелый," „щепетильный" и нерѣдко приходится слышать фразу: „человѣкъ слишкомъ честенъ". Такіе несчастливцы [54]) всю свою жизнь терпятъ постоянно мученія совѣсти, такъ какъ и то, что они дѣлаютъ, и то, чего не дѣлаютъ, никакъ не можетъ быть оправдано ихъ строгимъ внутреннимъ судьей. Никто не сомнѣвается, что и чувство изящнаго отъ практики усиливается въ высокой степени и хорошій вкусъ становится обычаемъ. То же самое можно сказать и о чувствѣ смѣшнаго: кто постоянно отдается влеченію этого чувства, воспитываетъ его, тотъ по привычкѣ становится насмѣшникомъ, любитъ смѣяться надъ всѣмъ, нигдѣ не упуститъ случая, хоть иной разъ насмѣшка бываетъ совершенно неумѣстной.

§ 17.

Въ области разума мы находимъ то же самое

---

[54]) Они несчастливы именно потому, что забываютъ, что такъ или иначе—а грѣшники, и что никто не можетъ быть совершенно правъ предъ собой. Въ высшей степени трудно установить справедливый и разумный масштабъ, и въ высшей степени опасно урѣзывать этотъ масштабъ, потому что легко можетъ явиться рана, которая становится губительной.

явленіе. Не оспоримъ тотъ фактъ, что умственныя способности усиливаются отъ постояннаго упражненія, и мышленіе постепенно становится обычаемъ. Такихъ мысленно—дѣятельныхъ людей приходится встрѣчать очень часто; ихъ называютъ философами въ тѣснѣйшемъ смыслѣ. Такой человѣкъ ничего такъ не боится какъ помѣхи своей дѣятельности, и потому онъ ведетъ уединенную жизнь. Онъ избѣгаетъ людей, не питая къ нимъ ненависти „и дружится съ безмолвнымъ кустарникомъ", потому что послѣдній молчаливъ, развѣ только шепчется. Такой философъ больше всего боится того, что называется „почтеннѣйшей публикой", онъ не любитъ незнакомой толпы, одно присутствіе которой лишаетъ его присутствія духа; онъ ненавидитъ механическихъ занятій, и не годится для общественной жизни, потому что онъ не можетъ слѣдить за разговоромъ, т. е. за мыслями другихъ, онъ можетъ отдаваться только своимъ собственнымъ мыслямъ.

§ 18.

Всякій обычай приводитъ человѣка въ состояніе рабства, и потому очень удачно выраженіе: онъ подвластенъ своимъ страстямъ, т. е. своимъ обычаямъ. Освободиться изъ такого рабства,—вотъ трудная, хоть и достойная задача, самосознанія и самовоспитанія. Свобода такая называется **нравственной свободой**. Она состоитъ въ полнѣйшей и ненарушимой гармоніи психической жизни; въ ней заключается высочайшая степень человѣческаго счастья.

§ 19.

Обычай производитъ страданіе не только для того, кто подчиненъ ему, но бываетъ часто вреденъ и для общества. Насколько бываетъ онъ вреденъ, задача общества, т. е. положительнаго права,— ограничить его путемъ принужденія, но только въ этихъ размѣрахъ. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ обычай для человѣка становится второй природой, такъ какъ онъ ничто иное, какъ доведенное до высшей степени влеченіе естественнаго закона, то для того, кто не въ состояніи отъ него освободиться, (а слабость эта свойственна почти всѣмъ), будетъ большимъ счастьемъ,—слушаться своего обычая. Положительное право, имѣющее цѣлью благо общества, пришло бы въ противорѣчіе съ самимъ собой, принуждая членовъ общества отказываться отъ обычаевъ, которые безвредны для существованія общества [35]), особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда идетъ дѣло объ обычаяхъ, ставшихъ чертой характера цѣлыхъ классовъ лицъ, т. е. сословій, или даже вошедшихъ въ національный характеръ. Такіе обычаи должны быть уважаемы положительнымъ правомъ; стѣсненіе ихъ причиняетъ непріятность отдѣльнымъ лицамъ, оставаясь рѣшительно безполезнымъ для цѣлаго общества. Объ этомъ то именно принципѣ законодательства и говоритъ Императоръ Константинъ въ своемъ рескриптѣ, о которомъ много толковали,

---

[35]) Мы укажемъ здѣсь хоть на запрещеніе курить табакъ.

хоть никогда не понимали: Consuetudinis usus-que longaevi non vilis auctoritas est [56]).

§ 20.

Характеристическая черта дворянства, дѣлающая изъ членовъ его особый классъ [57]), основывается единственно на чувствѣ собственнаго достоинства, доведенномъ до высокой степени, чувствѣ, которое вызывается и поддерживается отчасти сознаніемъ своего вліянія, отчасти воспитаніемъ. Уничтоженіе дворянства (не привиллегій дворянскихъ) посредствомъ закона—невозможно. Отнимите у дворянства одну основу, на которой держится его чувство собственнаго достоинства, отнимите у него его политическое значеніе, его имущество, другая основа, которую даетъ воспитаніе, остается не тронутой. Именно та гордость, которая остается послѣ сломаннаго могущества, послѣ потеряннаго богатства, внушаетъ замѣчательное уваженіе. В. Скоттъ расказывая объ одномъ изъ такихъ членовъ стараго французскаго дворянства, говоритъ: Это былъ un homme comme il faut, одинъ изъ тѣхъ не многихъ изящныхъ экземпляровъ стараго дворянства, какіе и теперь еще попадаются во Франціи; какъ изувѣченныя статуи стараго и давно исчезнувшаго культа, они и теперь еще вызываютъ къ себѣ благоговѣніе и уваженіе даже со стороны

---

[56]) L. 2. C. Quae sit longa consuetudo. (8. 53.)

[57]) т. е. классъ людей, распознаваемый наружно (по ихъ обращенію).

тѣхъ, которые иначе не оказали бы добровольно ни того, ни другаго.

§ 21.

Замѣчательное явленіе природы, что человѣкъ, какъ и животное, отъ продолжительнаго столкновенія съ людьми, вещами, обстановкой и отношеніями, получаетъ привязанность къ нимъ, и эта привязанность бываетъ тѣмъ сильнѣе, чѣмъ дольше длится столкновеніе. И это побужденіе— сохранять возможность такихъ столкновеній, тоже называется обычаемъ, а притягательная сила, дѣйствующая въ такихъ случаяхъ на человѣка, называется силой обычая. Изъ этого естественнаго закона выходятъ тѣ явленія, которыя мы называемъ привязанностью, дружбой, товариществомъ, патріотизмомъ, консерватизмомъ. Точно также и существующія юридическія нормы путемъ обычая могутъ вызвать къ себѣ сильную привязанность; для человѣка можетъ стать неотразимой потребностью, чтобы данное фактическое отношеніе всегда было опредѣляемо въ нормахъ по старому обычаю. Напр., чтобы мать наслѣдовала съ дѣтьми ровныя доли, чтобы съ бракомъ возникала общность имуществъ между супругами, чтобы при наслѣдованіи мужской полъ имѣлъ преимущество предъ женскимъ, что при наслѣдованіяхъ когнаты устраняются, что наслѣдственные договоры обязательны, что одно обѣщаніе безъ всякой формы имѣетъ исковую силу, что добровольно довѣренной собственности не можетъ требовать по суду посто-

роннее лицо. Какъ мы замѣтили выше, обычай не можетъ создавать юридическихъ нормъ, но можетъ сохранять существующія юридическія нормы, которыя безъ него потеряли бы свою силу. Вотъ почему весьма удачно выражаются римляне о такихъ юридическихъ нормахъ: obtinetur и retinetur [58]). Opinio necessitatis, первоначально основывавшійся на соображеніяхъ разсудка, исчезаетъ, и только остается безсознательное влеченіе—сохранить юридическую норму, влеченіе, возникшее путемъ обычая. Группа такихъ юридическихъ нормъ, которыя возникли путемъ подразумѣваемой народной воли и первоначально основывались на цѣлесообразности, нормъ, которыя издавна имѣютъ силу и потому стали дороги народу,—образуетъ обычное право. Такимъ образомъ удержалось множество старонѣмецкихъ юридическихъ нормъ; онѣ имѣютъ силу и теперь, хотя никто не можетъ указать на ихъ ratio, и нѣкоторыя изъ нихъ имѣютъ силу, хотя для отношеній и взглядовъ настоящаго времени онѣ рѣшительно не имѣютъ смысла.

§ 22.

Съ понятіемъ обычая не слѣдуетъ смѣшивать чувства уваженія къ древности, того благоговѣнія къ учрежденіямъ, нравамъ, обычаямъ, памятникамъ и постановленіямъ предковъ, которые болѣе или менѣе присуще каждому человѣку. Это чувство также содѣйствуетъ сохраненію старыхъ юридиче

[58]) Cicero Orat. partit. 37.

скихъ нормъ, и вотъ причина, почему римляне смѣшиваютъ понятія: consuetudo и mores majorum.

§ 23.

Подобно тому, какъ отъ продолжительнаго упражненія можетъ усилиться въ человѣкѣ данный инстинктъ, извѣстное чувство или умственная способность, также точно они могутъ ослабѣть отъ противуположной операціи. Здѣсь заключается понятіе отученія. Укрощеніе животныхъ есть отученіе; то же самое можно сказать и о воспитаніи человѣка; вѣдь воспитаніе въ сущности есть ничто иное какъ укрощеніе. Укрощеніе своихъ народовъ деспоты обыкновенно обозначаютъ изящнымъ выраженіемъ „культура". Привязанность къ людямъ, вещамъ, обстановкѣ, отношеніямъ и юридическимъ нормамъ, о которой была рѣчь выше, исчезаетъ постепенно путемъ отученія. Дружба пропадаетъ отъ долгой разлуки, любовь къ родинѣ и къ отечеству постепенно изчезаетъ отъ долгаго отсутствія; даже привязанность къ отечественному праву изчезаетъ постепенно, если народъ въ теченіе цѣлыхъ столѣтій вынужденъ жить подъ господствомъ чужаго права. Такъ Голштейнъ подпадаетъ вліянію датской національности; французскій характеръ обосновывается въ Лотарингіи и Эльзасѣ; Ломбардія и Венеція онѣмечиваются. Введеніе римскаго права въ Германію, которое слѣдуетъ считать не прерывнымъ и теперь еще продолжающимся, введеніе это во многихъ отношеніяхъ ничто иное. какъ сложный процессъ отученія. Этой рома-

низаціей Германіи въ настоящее время занимаются профессоры, которыхъ называютъ романистами, которые толкуютъ, что внѣ, такъ называемой, исторической школы нѣтъ истины и спасенія, и хотятъ насъ убѣдить, что выкопанное гдѣ нибудь въ corpus juris изреченіе древняго римскаго юриста просто сласть и для насъ имѣетъ обязательную силу.

§ 24.

Ученіе объ обычномъ правѣ запутанно, потому что слова употребляются для означенія такихъ понятій, къ которымъ они вовсе не идутъ, потому что ученые одной и той же фразой связываютъ разнородныя понятія.

Есть мнѣніе, будто все обычное право основывается на убѣжденіи народа, т. е. на соображеніяхъ разсудка. Это несправедливо, почти всѣ тѣ юридическія нормы, которыя причисляютъ къ обычному праву, основываются не на разсудкѣ, не на убѣжденіи; онѣ основываются на волѣ народа; но эта воля есть выраженіе одной привязанности къ юридической нормѣ, привязанности, вызванной обычаемъ. Есть отношенія, для которыхъ все равно, какъ опредѣлены они, если только они опредѣлены вообще. Въ такихъ случаяхъ, если возникаетъ та или другая норма, не можетъ быть и рѣчи объ убѣжденіи народа, чтобъ данное отношеніе было опредѣлено именно такъ, а не иначе. Сюда принадлежатъ всѣ дошедшія по преданію юридическія формы, опредѣленія времени и чиселъ, равнымъ образомъ и чисто судебные обычаи.

Есть, далѣе, ученые, которые называютъ обычаемъ однообразное отношеніе, въ которомъ безмолвно обнаруживается воля народа, тогда какъ другіе употребляютъ этотъ терминъ въ настоящемъ смыслѣ. Отсюда то слѣдствіе, что послѣдніе утверждаютъ, что обычное право возникаетъ путемъ обычая, тогда какъ первые говорятъ, что въ обычаѣ оно находитъ только свое выраженіе.

§ 25.

Слѣдуетъ различать:

I. Природу, и

II. Право, т. е. волю государства, ограничивающую природу. Эта воля бываетъ или:

1) воля, объявленная прямо въ опредѣленной формѣ — законъ, или

2) воля, объявленная подразумѣваемо. Чтобы распознать эту волю, должны быть на лицо факты, изъ которыхъ бы можно заключить объ этой волѣ, какъ это необходимо и при юридическихъ сдѣлкахъ. Въ какихъ случаяхъ есть такіе рѣшительные факты, т. е. допускаютъ возможность безошибочнаго заключенія,—теорія не можетъ опредѣлить точно; всѣ относящіяся къ этому трактаціи учебниковъ, безполезны, какъ и всякая пустая болтовня. Opinio necessitatis, лежащая въ основѣ каждой юридической нормы относительно безмолвной воли можетъ:

a) основываться на соображеніяхъ разсудка, такъ что общество имѣетъ живое убѣжденіе о

цѣлесообразности юридической нормы [59]). И здѣсь возможна ошибка, какъ и при каждой операціи разсудка. Вмѣстѣ съ общимъ сознаніемъ ошибки исчезаетъ необходимо и юридическая норма, потому что нѣтъ болѣе основанія для ея обязательной силы. Вотъ почему римляне говорятъ: Quod non ratione itroductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet [60]). Опять необходимы рѣшительные факты, чтобы узнать, дѣйствительно ли народъ созналъ данную ошибку, и слѣдовательно исчезла и юридическая норма.

b) Opinio necessitatis можетъ также основываться на безсознательномъ влеченіи природы. слѣдовательно, или на какомъ нибудь животномъ инстинктѣ, или на живомъ чувствѣ. Это возможно только тогда, если въ народѣ исчезло убѣжденіе въ цѣлесообразности, но отъ долгаго обычая (longa consuetudo, usus longaevus) норма стала другой. Только такія юридическія нормы могутъ быть названы обычнымъ правомъ. Такимъ образомъ обычное право не есть противуположность праву кодификаціонному, а есть только подчиненный видъ юридическихъ нормъ, основывающихся на непосредственной волѣ народной. Вотъ почему относительно jus non scriptum римскіе юристы весьма справедливо различаютъ: 1) ea, quae conventis et quos: consensu obtinentur, и 2) ea, quae consuetudine obtinentur.

---

59) Сравн. выше § 13. l. 36. D. d. legg. (1. 3.)

60) Cit. l. 39. D. d. legg. (1. 3.)

Это раздѣленіе какъ разъ соотвѣтствуетъ тому, какое сдѣлали и мы выше ad a и b. Современные юристы не дѣлаютъ этого различія, и чрезъ это выходитъ та путаница понятій, которую хотѣли устранить римляне. Опять только изъ рѣшительныхъ фактовъ можно заключить, дѣйствительно ли юридическая норма, для которой нельзя указать цѣли, стала дорогой до того, что отмѣна ея можетъ возмутить народное чувство; теоретическія же указанія тутъ вовсе неумѣстны [61]).

§ 26.

Римское право, какъ говорятъ, дѣйствуетъ въ Германіи въ качествѣ обычнаго права. Это значитъ: отдѣльныя юридическія нормы изъ corpus juris gl ssatum служатъ выраженіемъ воли нѣмецкаго народа. Въ такомъ случаѣ эта воля должна выходить или изъ разсудка, или изъ привязанности, возникающей путемъ обычая. Нѣмецкій народъ не знаетъ corpus juris въ его подробностяхъ; значитъ, всѣ постановленія corpus juris не могутъ считаться выраженіемъ народной воли. Далѣе, если corpus juris и извѣстенъ въ той

[61]) Точно также совсѣмъ не кстати, когда теорія берется вычислять такъ называемые признаки обычнаго права; это все равно, если бы она взялась вычислить всѣ признаки, по которымъ можно бы распознать подразумѣваемое заключеніе договора. Объ этихъ признакахъ можно сказать то же, что и о правилахъ толкованія: они могутъ устранить для юриста возможность развѣ самаго грубаго непониманія.

или другой части нѣмецкому народу, по одному этому нельзя еще говорить, будто нѣмецкій народъ имѣетъ убѣжденіе и обо всѣхъ отдѣльныхъ юридическихъ нормахъ римскаго права, что эти нормы должны имѣть силу, что отъ постепеннаго обычая онѣ до того стали привычны, что ничего изъ нихъ не можетъ быть опущено. Только одна часть римскаго права, именно право оборота, можетъ считаться выраженіемъ нѣмецкой народной воли; но можетъ считаться именно на столько, на сколько эти нормы служатъ необходимымъ продуктомъ фактическихъ отношеній оборота. Ученые юристы теоріи пытаются выйти изъ этой дилеммы посредствомъ двоякаго маневра. Они утверждаютъ, что воля нѣмецкаго народа не берется въ расчетъ; что они, ученые юристы, служатъ представителями воли нѣмецкаго народа, какъ скоро заходитъ вопросъ о томъ, какъ должны быть юридически опредѣлены его отношенія. Важна только ихъ воля, только соображенія ихъ разсудка, только ихъ обычай. Это ужъ изъ рукъ вонъ чрезчуръ. Кто сдѣлалъ этихъ господъ представителями народа? Подобное представительство было бы слишкомъ опасно для нѣмецкаго народа. Въ самомъ дѣлѣ огромное большинство нѣмецкихъ юристовъ до того незнакомы съ фактическими отношеніями жизни, въ которыхъ только и можетъ быть почерпаемъ духъ права, что юристы эти вовсе не могутъ годиться въ представители народа относительно юридическихъ вопросовъ. Другая натяжка вотъ гдѣ: „римское право принято in complexu.“ Вотъ ужъ гдѣ можно сказать: недостаетъ понятій, такъ кстати

хоть подворачивается фраза. Догматъ объ принятіи in complexu постоянно заучивается и принимается на вѣру, безъ малѣйшаго участія мысли, а на дѣлѣ это ни больше, какъ не то, что пустая, но совершенно безсмысленная фраза. Можно принять пирогъ in complexu, — ну тогда значитъ принялъ и начинку пирога. Но какимъ образомъ могло случиться это съ corpus juris, какъ представить себѣ, что огромная масса юридическихъ нормъ перешла въ сознаніе народа, а народъ этотъ и не подозрѣвалъ отдѣльныхъ нормъ этой группы, — это никакъ не поймешь. Принятіе множества юридическихъ нормъ in complexu возможно только въ одномъ случаѣ: когда принятъ данный принципъ, то вмѣстѣ съ этимъ приняты, значитъ, и отдѣльныя юридическія нормы, которыя кроются въ немъ и могутъ быть извлекаемы путемъ умозаключенія; тутъ можно принять принципъ, не сознавая его выводовъ. Но ни кто не утверждаетъ, да и не можетъ утверждать, будто всѣ постановленія corpus juris сводятся къ одному принципу, и нѣмецкій народъ принялъ этотъ принципъ. Если же по поводу римскаго права заводить рѣчь объ обычномъ правѣ, такъ это возможно развѣ вотъ въ какомъ смыслѣ: римское право мало по малу становилось извѣстнымъ въ Германіи и оно проникало въ практику; но за исключеніемъ области оборота, гдѣ примѣненіе этого права было насущной потребностью, не разъ раздавались противъ него протесты. Такъ дѣло шло до тѣхъ поръ, пока наконецъ, видя невозможность устоять противъ потока, нѣмцы успокоились и въ этомъ смыслѣ свыклись съ

той идеей, что римское право есть общегерманское гражданское право. Но по одному этому нельзя еще сказать, будто римское право дѣйствуетъ въ Германіи какъ обычное право. Правда, основаніе, почему это право дѣйствуетъ, кроется въ убѣжденіи нѣмецкаго народа; но на сколько оно имѣетъ силу, это для каждой юридической нормы должно быть рѣшаемо особо. Но при этомъ остается только одинъ критеріумъ — цѣлесообразность данной юридической нормы. Если цѣлесообразность эта не можетъ быть указана прямо, а тѣмъ больше, если можетъ быть прямо указана нецѣлесообразность, то становится несомнѣннымъ, что юридическая норма не имѣетъ за себя убѣжденія народа въ томъ, что она должна дѣйствовать. Дѣйствительно, юридическая норма можетъ дѣйствовать какъ обычное право, когда постоянное примѣненіе ея въ практикѣ, родило къ ней привязанность пут мъ обычая, и слѣдовательно opinio necessitatis основывается на чувствѣ народа. Но такой вопросъ слишкомъ труденъ для рѣшенія. Поэтому когда заходитъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли силу данная юридическая норма римскаго права, дѣло теоріи должно ограничиться изслѣдованіемъ: удовлетворяетъ ли эта норма какой нибудь практической потребности или нѣтъ.

§ 27.

Вопросъ о томъ, считается ли въ данномъ государствѣ, убѣжденіе народа, особенно обычай, за

источникъ права наряду съ закономъ, и каково въ такомъ случаѣ взаимное отношеніе обоихъ источниковъ въ ихъ обнаруженіи, именно, можетъ ли обычное право отнять силу у закона,—этотъ вопросъ рѣшается на основаніи государственнаго права этого государства. Что общественное благо выигрываетъ въ томъ случаѣ, когда оба источника права существуютъ рядомъ, это признано всѣми и не требуетъ никакого доказательства.

КОНЕЦЪ.

ГЛАВНЫЙ КНИЖНЫЙ и МУЗЫКАЛЬНЫЙ МАГАЗИНЪ

ЕЛЕНЫ СТЕПАНОВНЫ БАЛЛИНОЙ

въ Харьковѣ, на Екатеринославской улицѣ, № 12.

ОТДѢЛЕНІЯ: въ Харьковѣ, на Николаевской площади, д. Ковалева; въ Курскѣ, на Московской улицѣ, д. Исакова; Контора въ С. Петербургѣ, на углу Невскаго и Малой Конюшенной, д. Петропавловской церкви, кв. № 35 (учреждается).

Продажа, покупка и изданіе книгъ и нотъ. Депо фортепьянъ Бека и другихъ музыкальныхъ инструментовъ. Коммиссіонерство для иногородныхъ. Подписка на русскіе и иностранные журналы. Выписка иностранныхъ книгъ. Продажа и выписка картъ, глобусовъ и другихъ учебныхъ пособій. — Снабженіе книгами, нотами, учебными пособіями и пр. торговцевъ, библіотекъ, учебныхъ заведеній — по дешевымъ цѣнамъ.— Пріемъ на коммиссію для распродажи оптомъ и разницею книгъ и нотъ.—Пріемъ книжнотипографскихъ заказовъ.

Пересылка книгъ и нотъ при высылкѣ ихъ на три рубля на счетъ Магазиновъ. Исключеніе изъ этого правила составляютъ казенныя изданія, изданія такъ называемыя netto и книги, высылаемыя по выпускамъ. Во всякомъ случаѣ за пересылку платится не болѣе чѣмъ она дѣйствительно стоитъ: для книгъ, по уменьшенной почтовой таксѣ, для нотъ и пр.—по обыкновенной почтовой таксѣ.

Главная цѣль торговой дѣятельности Е. С. Баллиной — по возможности содѣйствовать развитію нашего провинціальнаго книжнаго дѣла. Она заботится преимущественно 1) о распространеніи провинціальныхъ изданій и объ облегченіи печатанія книгъ въ провинціяхъ, а также о распространеніи изданій наиболѣе требующихся въ провинціи; 2) о развитіи въ провинціи коммиссіонерской книжной и нотной торговли, объ увеличеніи книгопродавческаго процента для провинціальныхъ торговцевъ; 3) о своевременномъ и постоянномъ снабженіи своихъ собственныхъ и коммиссіонерскихъ провинціальныхъ книжныхъ магазиновъ новостями литературными и музыкальными и о точномъ и аккуратномъ исполненіи заказовъ и требованій.

Въ Книжныхъ Магазинахъ Е. С. БАЛАШОЙ въ *Харьковѣ и въ Курскѣ* и у всѣхъ извѣстныхъ столичныхъ и провинціальныхъ книгопродавцевъ продаются:

ИЗДАНІЯ ЗАЛЕНСКАГО И ЛЮБАРСКАГО.

ВИРХОВЪ. Сборникъ. 1 р.
ГЕЛЬМГОЛЬЦЪ. Законъ сохраненія силы. 1 р.
Н. БЕКЕТОВЪ. Изслѣдованія (къ теоріи химическаго сродства). 1 р.
— Два популярныхъ чтенія. 30 к.
А. МАСЛОВСКІЙ. Исторія развитія позвоночныхъ животныхъ. Книга I—2 р., Книга II—1 р. 50 к.
ФАРАДЕЙ. Исторія свѣчки. Редакція Н. Бекетова. 80 к.
ДАНИЛЕВСКІЙ. Украинская старина. Матеріалы для исторіи украинской литературы и народнаго образованія. 2 р. 50 к.
ЛИЗЕГАНГЪ. Курсъ фотографіи. 75 к.
КОТЕЛЬНИКОВЪ. Опытъ теоріи фотографіи. 15 к.
ГРОВЕ. Соотношеніе физическихъ силъ. 1 р.
ГЕНТЪ и БЕРТОНЪ. Мѣсто негровъ въ природѣ. 1 р.
ДАНКВАРТЪ. Гражданское право и общественная экономія. 1 р.

Печатаются:

РИЛЛЬ Исторія человѣчества и вселенной подъ редакціей магистра исторіи Надлера.
ШИЛЛИНГЪ. Сумасшествіе и домъ умалишенныхъ. Пер. Сакса.
СМАЙЛЬСЪ. Самопомощь.
МОЛЕШОТТЪ. Круговоротъ жизни. Пер. подъ редакціей проф. Щелкова.

Готовятся:

МЕНЪ. Древнее право и его вліяніе на [illegible]нія законодательства. Пер. Я. [illegible]аснаго.
БЛИКЪ. Голова и руки труда. } Пер. съ англійскаго.
БЭНЪ. О воспитаніи характера. } Пер. съ англійскаго.